

ISSN 1667-4154

Academia

Año 6 - número 12 - 2008

Revista

sobre enseñanza
del Derecho



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

DIRECCIÓN

Mary Beloff
María Laura Clérico

CONSEJO EDITORIAL

Gonzalo Álvarez
Martín Böhmer
Mónica Pinto
Juan Seda
Guillermo Treacy

Colaborador del Consejo Editorial

Sebastián Scioscioli

© Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004
Av. Figueroa Alcorta 2265, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina
TEL.: (+54-11) 4809-5668
CORREO ELECTRÓNICO: dpublica@derecho.uba.ar

ISSN 1667-4154

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

All rights reserved. No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Impreso en la Argentina - *Printed in Argentina*

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

DECANO

Atilio A. Alterini

VICEDECANO

Tulio E. Ortiz

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Alberto J. Bueres / Alberto Dalla Via / Jorge L. Kielmanovich
Carlos A. O. Cruz / Osvaldo E. Siseles / Luis Mariano Genovesi
Daniel Alberto Sabsay / Noemí E. Goldsztern de Rempel

Consejeros Suplentes

Tulio E. Ortiz / Enrique N. Zuleta Puceiro / José Osvaldo Casás
Eduardo Barbarosch / Mary Beloff / Aurora Besalú Parkinson
Pedro Di Lella / Andrés Gil Domínguez

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Alejo Monner Sans / Lilian Lapadula / Jorge Del Azar / Juan Curutchet

Consejeros Suplentes

Pablo Yannibeli / Fernando Barrera / Gabriela Castillo / Julio Aren

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Hernán Arce / Daniel Álvarez Vega / Nicolás de la Cruz García / Vanina Uñates

Consejeros Suplentes

Rodrigo Guevara / Celia Loperena / Manuel Quinteros / Luciana Gallardo

Secretario Académico: Gonzalo Álvarez

Secretario de Hacienda y Administración General: Alejandro Gómez

Secretario de Investigación: Eduardo Barbarosch

Secretario de Extensión Universitaria: Juan Pablo Mas Velez

Subsecretario Académico: Sergio Brodsky

Subsecretario de Hacienda y Administración General: Luis Mateo Barreiro

Subsecretario de Extensión Universitaria: Carlos A. Bedini

Subsecretario de Vinculación Ciudadana: Aldo C. Gallotti

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretaria: Malvina Zacari

ÍNDICE

Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho
Año 6, número 12, 2008, ISSN 1667-4154

Artículos

- Ciencia del derecho y crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas
Aníbal D'AURIA 9
- Un nudo gordiano en la enseñanza del derecho.
A propósito de la integración de la filosofía jurídica
en la dogmática y en la práctica jurídicas
Leonardo GARCÍA JARAMILLO 23
- El nexa entre el derecho y la moral: reflexiones sobre Dworkin
David LYONS 63
- El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho
Clifford L. PANNAM 67
- Cuestiones y textos: sobre la enseñanza
de la Teoría y la Filosofía del Derecho
Aurelio de PRADA GARCÍA 99
- La Sociología del Derecho en la formación jurídica
Jan R. SIECKMANN 117
- La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos
Duncan KENNEDY 135
- Las dificultades filosóficas del pensamiento jurídico
Ricardo GUIBOURG 145

Clásicos

- La ciencia jurídica positiva y el jusnaturalismo
Ambrosio L. GIOJA 163
- La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico
Hans KELSEN 183
- El concepto de la validez y el conflicto entre
el positivismo jurídico y el derecho natural
Alf Ross 199

Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho 221
Rodolfo VÁZQUEZ

Estudios e investigaciones

La articulación entre enseñanza e investigación del Derecho 241
Nancy CARDINAUX

Aprender y enseñar en la Facultad de Derecho 257
de la Universidad de Buenos Aires
Mario Héctor RESNIK

Actualidad universitaria

Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin 319
con motivo de su investidura como doctor honoris
causa por la Universidad de Alicante

El profesor Dr. Robert Alexy fue investido como doctor 325
honoris causa por la Universidad de Buenos Aires

Presentación de la Carrera de Especialización y la Maestría 329
en Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Presentación del Programa de Enseñanza 331
de Derecho Internacional de los Refugiados

Red Argentina de Posgrados en Educación Superior. 335
Revista Argentina de Educación Superior

Bibliográficas

Reseña bibliográfica de: Francisco Manuel de Herrera, fiscal 339
de la Audiencia de Buenos Aires (1789-1799). Derecho, asuntos
indígenas, religión, administración, economía, Abelardo LEVAGGI,
Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad
de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2008
Nancy CARDINAUX

Reseña bibliográfica de: Poder académico y educación legal, 345
Roberto BERGÁLLI e Iñaki RIVERA BEIRAS (coords.), Barcelona,
Rubí (Barcelona), Anthropos Editorial, Observatori del Sistema
Penal i els Drets Humans, Universitat de Barcelona, 2008
Sebastián SCIOSCIOLI

Artículos

Ciencia del derecho y crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas

ANÍBAL D'AURIA*

1. INTRODUCCIÓN

Se conviene en aceptar que la ciencia moderna tiene como precondition la distinción lógica entre los juicios de valor y los enunciados constataivos. En otras palabras, para la formación de un discurso científico es necesaria una precisa distinción entre el empleo normativo y el empleo explicativo del lenguaje. En este sentido, un discurso científico implicaría la exclusión de todos los elementos extraempíricos y extralógicos, v. gr. morales, religiosos y metafísicos en general. De esta manera se asegura la intersubjetividad y universalidad del conocimiento validado. Así, por ejemplo, suele decirse que la astronomía surgió cuando logró separarse de la astrología (o la química de la alquimia).

En el campo de lo que se llama "ciencias sociales" hubo que esperar hasta los siglos XVIII y XIX para que esa revolución epistemológica tuviera lugar. En efecto, si bien Maquiavelo y otros ya habían intentado separar la moral y la religión de la política, no será hasta los siglos XVIII y XIX que aparecerá lo que podemos llamar "ciencia social" en aquel sentido específico; es decir: como un discurso con pretensiones de neutralidad valorativa, fundado empíricamente y articulado en proposiciones generales (leyes constatables) con fines explicativos. Así nació la economía política. Y pronto, tomándola como base y modelo, el siglo XIX vio los intentos (exitosos según algunos, vanos según otros) de constituir en "ciencia" otros "saberes" acerca de la conducta humana;¹ incluso apareció una ciencia social general: la sociología.²

* Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ FOUCAULT, M., *Las palabras y las cosas*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1984.

² Los nombres fundacionales de rigor son Comte, Proudhon, Marx, Durkheim, Spencer.

Estos intentos de fundar una ciencia de la sociedad se produjeron poco después de que el romanticismo reaccionara contra la racionalidad absoluta de la Revolución Francesa y descubriera la fuerza de la historia. Es decir, el siglo XIX poseyó una conciencia historicista que, pese al esfuerzo sideral de Hegel por encerrar la historia en el concepto, va a marcar a fuego a las teorías sociológicas del siglo.

Esa conciencia histórica adquiere, creo, dos sentidos diferentes, aunque no excluyentes entre sí. Por un lado, se manifiesta en la idea de que las sociedades se rigen por leyes que establece la historia, como la ley del progreso de Comte. Pero por otro lado, y en otro sentido, esa conciencia histórica también se manifiesta en la idea de que toda teoría está signada por las condiciones históricas y sociales en que surge, como en el materialismo histórico: éste es el origen de lo que luego Mannheim desarrollará bajo el nombre de "sociología del conocimiento". Este segundo aspecto es lo que acá me interesa de la conciencia histórica del siglo XIX, y que da lugar a lo que entonces se llamó *crítica*.³

Kant ya había dado a la palabra "crítica" un sentido técnico filosófico. Pero las "condiciones de posibilidad" que su crítica investiga están pensadas como categorías de una subjetividad trascendental, y como tal, a-histórica. Será recién la filosofía posterior a Hegel la que inicie la investigación crítica en sentido histórico y sociológico. En otras palabras: es a partir de Feuerbach, la izquierda hegeliana, el anarquismo y el marxismo, que la crítica será entendida como investigación de las condiciones históricas, psicológicas y sociales que determinan y condicionan el mundo de la cultura, incluidas especialmente las llamadas ciencias sociales. De este modo, la crítica no es lo contrario del conocimiento científico, sino

³ La palabra "crítica" tiene diversos significados. 1º. En su empleo cotidiano, "criticar" algo o a alguien significa hablar mal de ese algo o de ese alguien. Ej.: Juan criticó a Pedro por llegar tarde. 2º. En un sentido menos frecuente, "criticar" significa hacer un análisis de algo (análisis no necesariamente negativo, pero sí fundamentado). Ej.: Fulano escribió una excelente crítica sobre la muestra artística del Museo de Bellas Artes. 3º. En un sentido ya técnico, propio del lenguaje filosófico, "crítica" significa un modo particular de reflexión orientado a evidenciar los supuestos, condiciones de posibilidad o prejuicios en que se apoya una determinada teoría, concepción o modo de pensar. Al hacer la crítica de un determinado modo de pensar, se pone en evidencia su carácter situado y condicionado socialmente. Ej.: Marx hizo la crítica de la economía política. Es este último sentido el que interesa en el presente artículo.

su radicalización: es observación de la observación; ésta, de segundo grado (la crítica), implica siempre una relativización e “historización” de las verdades sostenidas por las ciencias positivas. Por ejemplo, la crítica socialista y anarquista del siglo XIX a la economía política no apunta a desmentirla como ciencia, sino a mostrar cómo su verdad está condicionada al modo de producción capitalista que la hace posible en cierto momento histórico y en cierto tipo de sociedad; así, las proposiciones de la economía, supuestamente válidas universalmente, quedan reducidas a una validez histórica.

¿Cómo se produce en el ámbito del derecho esa aparición de un discurso científico y un discurso crítico de ese mismo discurso? Mi hipótesis es que en este ámbito, aunque parezca paradójico, la crítica se adelantó a la explicación. Para probarlo, primero repasaremos las principales tesis kelsenianas sobre el derecho, y luego, retrocederemos en el tiempo para analizar desde el anarquismo la teoría de Kelsen.

2. DERECHO Y ESTADO EN KELSEN

Kelsen sostiene sus tesis desde un punto de vista estrictamente jurídico, inaugurando en el siglo XX una ciencia pura del derecho y del Estado. Y pretende mostrar que el concepto jurídico de Estado es el único concepto posible para un uso científico, no sólo para el derecho sino también para la sociología y la ciencia política. Las siguientes son las tesis de Kelsen que me interesa subrayar:

1. El derecho es un “sistema” que no puede ser estudiado tomando aisladamente cada norma. Las “relaciones” entre las normas que integran el sistema son tan importantes como las normas mismas.

2. Si deseamos elaborar un concepto científico de derecho, deben evitarse los juicios de valor. Éstos son siempre subjetivos y están determinados por intereses o factores extraños a la intersubjetividad científica. En cuanto tema científico, el derecho no es un tema ético. No hay que confundir las propias ideas acerca de la justicia, siempre subjetivas y valorativas, con las normas que regulan, independientemente de nuestras propias convicciones, las conductas de un cierto conglomerado humano. Los juristas del derecho natural incurren en esa confusión: postulan un dualismo metafísico de cuño platónico que, al afirmar una verdad tras-

cedente más allá del mundo humano, confunde siempre los juicios de valor con los enunciados descriptivos y explicativos, esto es, la política con la ciencia y la moral con el derecho.

3. El derecho es un sistema normativo que regula conductas a través de motivaciones indirectas, es decir, por medio de sanciones que enlazan ventajas a su observancia o desventajas a su inobservancia. Aunque los sistemas morales también suelen enlazar ventajas o desventajas (por ejemplo, la aprobación o reprobación pública), la diferencia con el derecho está en que la sanción jurídica es definida, mientras que la sanción moral es espontánea y difusa, esto es, no señalada expresamente ni atribuida a un órgano específico.

4. El derecho es un orden coactivo. Esto significa que las sanciones jurídicas son impuestas contra la voluntad de quien viola el orden normativo.

5. La religión también establece sanciones coactivas para quienes infrinjan sus mandatos, pero se trata de sanciones trascendentes. En cambio, el derecho organiza el empleo de la fuerza, monopolizándola para evitar su empleo privado y subjetivo, y este monopolio de la fuerza es atribuido al propio derecho, no a una autoridad externa o superior al derecho (v. gr. dios).⁴

6. El derecho es un orden normativo dinámico. Esto significa que las distintas normas que lo integran derivan su validez de la competencia de una autoridad (que a su vez funda su legitimidad en una norma que la instituye) para crearla, cambiarla o derogarla. En otras palabras: la validez de las normas no consiste simplemente en su adecuación al "contenido material" de una norma superior, sino en emanar de una autoridad prevista por el propio orden normativo, y en las condiciones formales que el mismo orden normativo prevé.

7. Toda norma sólo puede fundar su validez en otra norma superior, nunca en un hecho. En efecto, el mundo de los hechos es la esfera de la causalidad, mientras que el mundo normativo es la esfera de la atribución; confundir estos planos es incurrir en una falacia lógica, saltando

⁴ Desde este punto de vista, las normas religiosas están más próximas al derecho que las de la moral. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, México, UNAM, 1988, p. 23.

de lo empírico a lo normativo. De aquí que para evitar la regresión al infinito sea necesario, metodológicamente hablando, postular una norma hipotética fundamental en la cual apoya su validez todo el sistema. No hay que confundir esta norma hipotética fundamental con la constitución positiva ni con un hecho histórico: la constitución positiva también funda su validez en esa norma hipotética, que no es más que un “presupuesto metodológico”. Tampoco un hecho histórico (v. gr. el triunfo de Urquiza en Caseros) puede ser tomado como norma hipotética fundamental, por la sencilla razón de que un hecho nunca es una norma.

8. El Estado no es otra cosa que una personificación metafórica del derecho. En efecto, al igual que una persona jurídica colectiva (por ejemplo: una sociedad anónima) no es algo distinto que los reglamentos que la instituyen, el Estado no es algo distinto del orden jurídico vigente en una cierta porción del globo. Erróneamente estamos acostumbrados a pensar al Estado como una realidad subyacente que crea o pone el derecho. Pero este dualismo es indefendible analíticamente.

9. Los que sostienen el dualismo Estado/derecho suelen dar definiciones más ideológicas que científicas. Así, han definido al Estado por la intensidad de los vínculos sociales que se dan dentro de un cierto grupo humano, lo que no puede explicar que los vínculos entre gente de dos Estados fronterizos sean más intensos que los que suelen presentarse entre gente de un mismo Estado separada por grandes distancias, espaciales o culturales. También han pretendido que el Estado expresa una suerte de voluntad o interés común del cual emanaría el derecho, tesis que deja de lado la gran diversidad de intereses, especialmente de clase, que están en conflicto dentro de un mismo Estado. En fin, han dicho también que el Estado es un gran organismo viviente del cual los individuos son meras células subordinadas, con lo que han resucitado viejas ideas platónicas y, por ende, metafísicas, ideológicas y no científicas. En realidad, la postulación de una entidad-persona, el Estado, como sujeto previo y preexistente al orden jurídico, es una manifestación más del animismo primitivo. Esto es, la tendencia a personificar los objetos de nuestro conocimiento. Así como el hombre primitivo ve un dios o un espíritu detrás de cada fenómeno natural, de igual manera, los dualistas creen ver un ente real, un gran sujeto, organismo, espíritu, etcétera, detrás del orden jurídico positivo.

10. Puede haber sin embargo –admite el propio Kelsen– un concepto sociológico de Estado útil para el examen científico. Se trata del Estado como dominación. Así entendido, el Estado es visto como una relación entre quienes mandan y gobiernan, por un lado, y quienes obedecen y son gobernados, por otro lado. Pero la sociología del Estado sólo se interesa por el mando que ciertos individuos ejercen, en tanto “órganos del Estado”, sobre otros. Y sólo puede entenderse la noción de “órgano del Estado” en un sentido jurídico. Por lo tanto, concluye Kelsen que incluso el sentido sociológico de Estado supone previamente un concepto jurídico del mismo.

11. Un órgano del Estado no es otra cosa que un individuo a cargo de una función específica dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, un individuo cuyos actos son “atribuidos” a esa personificación metafórica del derecho que es el Estado. Éste es, entonces, una suerte de punto de imputación de ciertos actos humanos, y los individuos cuyos actos el derecho imputa al “Estado” son lo que llamamos “órganos del Estado”, o sea, funcionarios. Pero el Estado como sujeto ficcional de imputación de tales actos o conductas, como “persona actuante”, no es más que una personificación metafórica del orden jurídico mismo.

12. Los llamados “elementos clásicos del Estado” (poder, territorio, población) no son otra cosa, respectivamente, que la eficacia del orden jurídico y sus ámbitos de validez jurisdiccional.

13. La distinción analítica entre creación y aplicación del derecho sólo parece tajante y clara cuando se contempla el orden jurídico desde su “nomostática”, es decir, entendido como un sistema de normas quieto, donde hay normas generales y normas particulares que vuelven efectivas a las primeras. Sin embargo, cuando se comprende el orden jurídico desde su “nomodinámica” (esto es, como un sistema de órganos establecidos normativamente para, a su vez, producir nuevas normas, tanto generales como particulares) se ve cómo todo y cada acto del Estado son a la vez creación y aplicación de normas, y se ve, por consiguiente, que todo acto jurídico del Estado es producción y reproducción del derecho, lo que significa (auto)producción y (auto)reproducción del propio Estado.⁵

⁵ Es esta visión de la autorreproducción del derecho la que permite la asimilación de la teoría de Kelsen a las actuales corrientes teóricas sistémicas de estilo luhmanniano.

3. EL ANARQUISMO COMO CORRIENTE DE CRÍTICA JURÍDICA

Como dijimos al principio, en un sentido estrictamente técnico filosófico, “crítica” significa un modo particular de reflexión orientado a evidenciar los supuestos, condiciones de posibilidad⁶ o prejuicios en que se apoya una determinada teoría, concepción o modo de pensar. Al hacer la crítica de un determinado modo de pensar, se ponen en evidencia los puntos ciegos no explicitados en los que dicho modo de pensar se apoya. La observación crítica es observación del modo de observar. Si digo que el anarquismo ofrece una teoría crítica del Estado y del Derecho, lo hago usando “crítica” en este último sentido (aunque, claro está, no quedan excluidos otros sentidos no técnicos).

El discurso científico sobre un fenómeno u objeto determinado recién surge cuando se logra separar analíticamente la descripción de la valoración, la explicación de la prescripción, es decir, cuando se sabe diferenciar el empleo descriptivo del empleo normativo del lenguaje. Esto es lo que marca el tránsito de la astrología a la astronomía, de la alquimia a la química y de la moral y la religión a las ciencias sociales. Por la misma razón, el jus-naturalismo constituye una visión pre-científica de los fenómenos jurídicos, mientras que el positivismo normativo kelseniano se instituye como un enfoque estrictamente científico de los mismos.

Un discurso propiamente crítico nunca es pre-científico (es decir, un retorno a la confusión entre juicios de valor y enunciados explicativos), sino una observación de segundo grado. En tanto ésta es investigación y exposición de lo que no muestran la simple prescripción y la simple descripción, la crítica muestra las condiciones desde dónde se prescribe y desde dónde se describe, el suelo real en que se apoya el hablante teorizador, y ese suelo es siempre histórico y social. La crítica viene a desenmascarar la pretendida universalidad y a-temporalidad de esos dis-

⁶ Repito una vez más: el uso de “crítica” en este sentido técnico filosófico se remonta a Kant y sus tres “críticas” fundamentales: *Crítica de la razón pura*, *Crítica de la razón práctica* y *Crítica del juicio*. Pero en Kant, la investigación de esas “condiciones de posibilidad” del pensar, del actuar y del juzgar, se plantea aun en un plano trascendental a-histórico. Y con Hegel, aunque se introduzca la dimensión del devenir histórico, todavía se permanece en un nivel estrictamente metafísico idealista. Es recién con la izquierda hegeliana (Feuerbach, Stirner) y con los anarquistas y el marxismo, que podemos hablar de “crítica” en un sentido no metafísico, en verdad, antimetafísico.

cursos. La crítica no pretende mostrar la falsedad de una determinada disciplina social, sino simplemente su condicionamiento histórico-social. La crítica es “historizante” y “desmitificadora”.

El derecho no es otra cosa, según los anarquistas, que una combinación de ficciones metafísicas y coacción física, de superstición y violencia. El anarquismo intuye, un siglo antes de Kelsen, la identidad sustancial y conceptual entre Estado y derecho, identidad sólo oscurecida por las ficciones y supersticiones ideológicas.⁷

Claro que el anarquismo, a diferencia de la Teoría Pura del Derecho, expresa también una cierta teoría de la justicia. Pero la teoría anarquista de la justicia no es una versión jus-naturalista con pretensión de legitimar o criticar un orden jurídico determinado, sino una concepción que imposibilita cualquier asociación entre derecho y justicia. Para los anarquistas, justicia es ausencia de derecho positivo, es decir, de coacción e ideología, es decir, ausencia de Estado.

El anarquismo es desde sus orígenes una “crítica” del Estado. La teoría kelseniana del derecho muestra la identidad total entre derecho

⁷ Escribe Kelsen: “Cuando se habla del poder del Estado, generalmente se piensa en prisiones y sillas eléctricas, cañones y ametralladoras. Mas no debe olvidarse que todas éstas son cosas muertas que sólo se convierten en instrumentos de poder al ser usadas por seres humanos, y que los hombres generalmente las utilizan movidos por ciertos propósitos, en virtud de mandatos que consideran como normas. El fenómeno del poder político manifiéstase en el hecho de que las normas que regulan el uso de tales instrumentos resultan eficaces. El ‘poder’ no está constituido por las prisiones y las sillas eléctricas, las ametralladoras o los cañones, ni es una especie de substancia o de entidad oculta detrás del orden social. El poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho. Es incorrecto describir al Estado como ‘un poder detrás del derecho’, pues esta frase sugiere la existencia de dos entidades separadas allí donde sólo hay una, a saber, el orden jurídico. El dualismo de Estado y derecho es una duplicación superflua de los objetos de nuestro conocimiento, y resulta de la tendencia a personificar e hipostasiar nuestras personificaciones. Un ejemplo típico lo encontramos en la interpretación animista de la naturaleza, esto es, en la idea del hombre primitivo de que la naturaleza está animada, y de que detrás de cada cosa existe un alma, un espíritu, un dios: detrás del árbol, la dríade; detrás del río, la ninfa; detrás de la luna, la diosa lunar; detrás del sol, un dios solar. Así, detrás del derecho imaginamos su personificación hipostasiada, el Estado, dios del derecho. El dualismo de derecho y Estado es una superstición animista” (KELSEN, op. cit., p. 227). Esas palabras bien podría haberlas escrito Bakunin, Kropotkin o Malatesta.

y Estado. Luego, la crítica anarquista del Estado es una crítica del derecho (crudo sistema de normas coactivas). Sabemos que Kelsen no es un anarquista, pero las potencialidades libertarias de su teoría son claras para el que sabe leer. Esas potencialidades críticas de la Teoría Pura del Derecho surgen de la simple y cruda definición de su objeto. Kelsen ha dicho en voz alta que el rey estaba desnudo. Si se hace abstracción de todo elemento ideológico y ficcional, el Estado queda reducido a un mero aparato coactivo. Así la Teoría del Derecho se identifica con la Teoría del Estado y ambas definen por fin claramente su objeto (con lo que también queda identificada la crítica del Estado con la crítica del derecho).

Ahora bien, este objeto de estudio (Estado = derecho) no es un fenómeno natural inmutable; por el contrario, es un fenómeno histórico cuyo origen y genealogía también deben ser explicados por la ciencia social (claro que esto ya no es tarea de una Teoría Pura del Derecho, como bien apunta Kelsen). Y es el anarquismo –a través de sus investigaciones históricas y de sus intuiciones sociológicas– el que ha venido mostrando desde el siglo XIX (y aun antes) que ese “objeto” (derecho = Estado) nació, se desarrolló y se perpetúa por la violencia y la superstición. Esos orígenes y esa genealogía, la Teoría Pura del Derecho no los trata, no por ceguera (como le han adjudicado algunos adversarios marxistas), sino por decisión metodológica: investigar la génesis y evolución del Estado (= derecho) no es función de una teoría que simplemente pretende ser una explicación de la lógica y estructura del ordenamiento jurídico positivo. Ese tipo de investigación crítica corresponde a otras disciplinas (v. gr. la historia, la sociología o la filosofía). Y fueron los pensadores anarquistas los primeros en hacerla. Tanto Proudhon,⁸ como Bakunin⁹ y Kropotkin¹⁰ fueron muy conscientes del papel desmitificador e “historizante” de la crítica.

⁸ PROUDHON, P. J., *Sistema de las contradicciones económicas*, Buenos Aires, Americalee, 1947, pp. 14-15.

⁹ BAKUNIN, M., *Federalismo, socialismo y antiteologismo. Consideraciones filosóficas sobre el fantasma divino, sobre el mundo real y sobre el hombre*, vol. 3 de *Obras Completas*, Madrid, Ediciones Júcar, 1977, p. 100.

¹⁰ KROPOTKIN, P., “La ciencia moderna y el anarquismo”, en *Los anarquistas*, t. I, Madrid, Alianza, 1982, p. 185.

Este carácter crítico (en sentido técnico filosófico) con que se auto-define el anarquismo desde sus orígenes conlleva un cambio radical en el modo de preguntar. No se trata de la pregunta jus-naturalista “¿cuáles son las normas jurídicas justas?”; tampoco de la pregunta jus-positivista “¿cuál es la normativa válida vigente?”. La pregunta crítica anarquista es “¿cuáles condiciones hacen posible que las normas jurídicas aparezcan como necesarias o buenas?”. De esta manera, el anarquismo no es incompatible con la teoría positivista del derecho de corte kelseniano. Sólo lo es cuando ésta pretende presentarse como válida para todo tiempo y lugar, sin atender a las condiciones históricas y sociales que la hicieron posible. Y estas condiciones son las mismas que hacen posible el orden político moderno.¹¹ El positivismo jurídico, en tanto teoría científica del derecho (esto es, explicación del orden jurídico positivo), es válido sólo bajo la condición sociohistórica de que su objeto exista, mientras éste exista y pervivan sus condiciones de existencia.

4. *ADDENDA*: ACERCA DE UN ERROR GENERALIZADO

Contra lo que venimos diciendo, está algo difundida entre los juristas la idea de que el anarquismo bebe de fuentes jus-naturalistas (el profesor Zaffaroni sostiene esto en sus tratados de Derecho Penal). Ese tipo de errores surge de no presentar una noción clara y definida de los términos “jus-naturalismo” y “jus-positivismo”.

La idea de justicia anarquista no se presenta como un orden de valores “por encima” del derecho positivo, sino “opuesta” a todo derecho positivo, cualquiera sea el contenido normativo de éste. Y su conocimiento nunca es “por revelación”, noción religiosa que todo anarquista *stricto sensu* rechaza.¹² Por “introspección” tampoco, ya que éste es un concepto más roussoniano y kantiano que libertario, y presupone la existencia de una conciencia individual presocial que los anarquistas también rechazan. Por último, la “observación” sí puede ser para los anarquistas una fuente

¹¹ Como muestra Bobbio en su famoso trabajo *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

¹² Es cierto que hay anarquistas religiosos, como Tolstoy, pero esto resulta una extraña excepción. Por lo demás, acá nos estamos centrando en los fundadores de la corriente libertaria, Proudhon, Bakunin, Kropotkin y Malatesta, todos ellos antiteístas y antimetafísicos.

de conocimiento de la justicia, pero se trata de la observación científica y empírica de la vida natural (animal y antropológica), no de la contemplación metafísica de valores. En este último aspecto, la moral anarquista reclama fundarse sobre base empírica, y sus conclusiones, por tanto, son siempre condicionales e hipotéticas: sólo muestran cómo la cooperación y el apoyo mutuo son más convenientes a los propios objetivos terrenales de los hombres que su mutua competencia.

El jus-naturalismo contra el que se alza la teoría de Kelsen es el mismo que atacaron los anarquistas desde un siglo antes.¹³ Los anarquistas son enemigos declarados de toda trascendentalidad metafísica y de todo dualismo ontológico. En verdad, Kelsen pone de manifiesto lo que los anarquistas ya decían sobre la complicidad entre esas ideologías trascendentes y el derecho positivo.¹⁴ Aun cuando el jus-naturalismo haya servido excepcionalmente, y pueda servir todavía, para impugnar un cierto orden jurídico, sirve asimismo para justificar otro alternativo. Porque como dice el mismo Kelsen, el jus-naturalismo es una suerte de dualismo platónico que postula un derecho eterno al que debe aspirar e imitar el derecho positivo.

Lejos de aceptar la identidad entre moral y derecho (nervio central de todo jus-naturalismo), el anarquismo radicaliza su diferencia y hace de ella su punto de partida, por el cual no hay conciliación posible entre la una y el otro. Para el anarquismo, moral es no-derecho (positivo) y viceversa. Y la moral no es para el anarquismo un orden de valores trascendentes sino un aprendizaje de la convivencia que surge del conocimiento empírico de la biología, la zoología y la antropología; sus hipótesis son científicas y sus propuestas son condicionales, instrumentales (del tipo "si se quiere tal cosa, conviene hacer esta otra"), una relación de medios y fines, y como tal, corroborable y falseable.

¹³ Ver KELSEN, op. cit., pp. 13-14.

¹⁴ Incluso la cercanía que Kelsen advierte entre las normas religiosas y las jurídicas (ibíd., pp. 18-24), ya la advertía Bakunin: "...la ciencia del derecho ofrece una perfecta semejanza con la teología; estas dos ciencias parten igualmente, una del hecho real pero inocuo: la apropiación por la fuerza, la conquista; la otra de un hecho ficticio y absurdo: la revelación divina, como de un principio absoluto, y fundándose sobre este absurdo o sobre esta iniquidad, ambas han recurrido a la lógica más rigurosa para edificar aquí un sistema teológico y allí un sistema jurídico"; BAKUNIN, op. cit., p. 82, nota al pie.

Y lejos también de postular ninguna suerte de esencialismo antropológico (otro nervio central del jus-naturalismo), los anarquistas no aceptan que el hombre esté condenado a ser lo que es o lo que ha sido hasta hoy: lo ven también como un ser social e histórico, o sea, mudable y transformable por sí mismo. Justamente porque no son jus-naturalistas no postulan ninguna conciencia individual presocial; no postulan ninguna esencia inmutable del ser humano, ni pesimista ni ingenuamente optimista (el hombre no es “malo por naturaleza”, como no es “bueno por naturaleza”; de lo que se trata es de remover los obstáculos autoritarios externos a su propia transformación).

En resumen: el anarquismo no puede ser visto como una versión de jus-naturalismo en el sentido propio en que este término se entiende en el mundo académico del Derecho. Más bien, las tesis anarquistas sobre el Estado y el derecho están más cerca de las tesis del positivismo jurídico (de corte kelseniano) que de la metafísica jus-naturalista. Sin embargo, a diferencia del positivismo metodológico, el anarquismo –antes una doctrina social que una escuela jurídica– no se guarda de emitir juicios valorativos sobre el orden jurídico-estatal. Pero ello no lo hace confundiendo los diferentes usos lógicos del lenguaje: el anarquista coincide con la descripción que del Estado = derecho hace el positivismo kelseniano; pero mientras el científico puro del derecho se abstiene de juzgarlo (en tanto se reserva sus opiniones políticas para su vida privada ajena a su ámbito científico), el anarquista agrega su juicio condenatorio, fundado en una filosofía y una moral de la libertad y el antiautoritarismo radicales. Pero, repito: el anarquista no emite sus juicios condenatorios confundiendo hechos y valores, como hacen el jus-naturalista y el jus-positivista ético.¹⁵

¹⁵ Tal vez el mote de “jus-naturalista” en el sentido jus-filosófico del término sólo quepa a Proudhon, pero con ciertas salvedades. Proudhon suele usar indistintamente las palabras “derecho” y “justicia” como sinónimos; y a su vez no parece muy cuidadoso en aclarar cuándo las emplea para referirse al orden positivo o a un orden de valores. En esos últimos casos, sin embargo, el orden deseado no es postulado como trascendente (externo) al mundo empírico, sino como inmanente a las piezas del rompecabezas social: se trata de combinar bien las piezas, los distintos aspectos de la vida social. Estos resabios de jus-naturalismo se deben, seguramente, al dualismo ideológico de Proudhon. Pero Bakunin tiene muy clara la distinción lógica entre “derecho jurídico” (positivo) y “derecho natural o humano”, sin atribuir a este último término ninguna referencia metafísica ni trascendente. El “derecho natural” del que habla

Como vimos, alguien puede aceptar que el derecho no es más que un orden de normas imperativas fundado en la fuerza, y que el Estado no es más que una personificación metafórica, mística, de ese orden coactivo, y sin embargo, no ser un anarquista (Kelsen y la mayoría de los positivistas jurídicos están en esta posición). El anarquismo agrega a esa posición un juicio de valor negativo sobre ese orden autoritario y supersticioso. Pero ésa tampoco es la diferencia específica del anarquismo. En efecto, un positivista kelseniano puede también tener una posición moral adversa (ya no como científico, claro está) respecto de ese tipo de orden social, pero eso no lo convierte automáticamente en anarquista; puede ver a ese orden jurídico-estatal como malo pero imprescindible (un mal menor). Por el contrario, el anarquismo, como doctrina social más amplia que la específica teoría del derecho, suma también a su descripción y a su valoración una propuesta alternativa de orden social libre, no coactivo; propuesta cuyos detalles escapan ya al objetivo de este artículo.

Bakunin es el conjunto de leyes (empíricas, no normativas) que determinan la conducta humana como ser del mundo animal. En todo caso, su filosofía del derecho es un "jus-biologicismo". Kropotkin, por su parte, diferencia también claramente el "derecho positivo" y el "derecho natural"; pero su "derecho natural" es muy parecido al de Bakunin, con la diferencia de que el hombre puede derivar una moral práctica a partir del conocimiento empírico de esas leyes que regulan la naturaleza biológica y animal: la ciencia empírica muestra que el apoyo mutuo y la cooperación recíproca son más rentables que la competencia entre individuos. Pero ese conocimiento es descriptivo; uno puede orientarse por él o no, de igual manera que uno sabe que el veneno mata, pero eso no necesariamente evita que muchos cometan suicidio por uso de venenos. En ninguno de estos casos "derecho natural" significa "jus-naturalismo"; no hay que confundir las palabras con sus significados.

Un nudo gordiano en la enseñanza del derecho. A propósito de la integración de la filosofía jurídica en la dogmática y en la práctica jurídicas*

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO**

I

Como estudiante de Derecho, primero en una universidad privada y facultad nocturna, y luego en una universidad pública y departamento diurno, vivencí (y, en cierto sentido, padecí) formas distintas de orientar la enseñanza del derecho pero caracterizadas, a su vez, por rasgos estructurales afines que también presentan muchas facultades de Derecho en los países de tradición romano-germánica.¹ Me refiero fundamental-

* Versiones anteriores de este ensayo se discutieron en varios eventos académicos: *III Congreso Iberoamericano de Filosofía* (Universidad de Antioquia-Sociedad de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, jul. de 2008), *VI Congreso del Capítulo Colombia de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Universidad del Cauca, oct. de 2007) y *VII Encuentro de la Red de Centros de Investigación Sociojurídica* (Medellín, sept. de 2007). Durante, en el marco o al margen de tales eventos, he sostenido un diálogo académico profundamente ilustrativo al respecto con los profesores Roberto Gargarella, Miguel Carbonell, Rodolfo Arango, Diego López Medina, Daniel Bonilla y Mauricio García Villegas. Conste aquí mi agradecimiento y la salvedad de que sólo al autor serán atribuibles los errores subsistentes.

** Profesor, Escuela de Ciencias y Humanidades, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

¹ A partir de la gran mayoría de contribuciones a las siguientes obras colectivas se demuestra que los vicios pedagógicos respecto al Derecho que se padecen y se han padecido en Colombia, son similares en muchos aspectos, y en los fundamentales, a los padecidos en otros países de dicha tradición: WITKER, Jorge (comp.), *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del Derecho*, México D. F., Porrúa, 1987; *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, 1995; BÖHMER, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa,

mente a los rasgos definitorios del formalismo jurídico, entendido como la interpretación y ajuste del positivismo jurídico europeo a nuestra forma particular de concebir y aplicar el derecho en el ámbito disciplinar y profesional, el cual puede describirse dentro del cometido planteado en este ensayo como un tipo de sensibilidad teórica legocéntrica que se caracteriza por la defensa de que los problemas jurídicos se resuelven, predominante o exclusivamente, mediante el análisis más o menos detallado de las leyes en la materia. Más que presuponer que el derecho se reduce a normas, concibe que sus manifestaciones se entienden, explican y enseñan por referencia a normas. El discurso jurídico es, entonces, un discurso sobre la fenomenología del derecho objetivado a través de normas.²

Sin ser de nuestro resorte la identificación rigurosa de los caracteres propios y distintivos, así como de los diversos significados que históricamente se le han conferido al concepto “positivismo”, conviene acudir a uno de los autores históricamente más representativos de este movimiento, Herbert L. A. Hart, para precisar siquiera las características del concepto. El jurista inglés identifica cinco: la pretensión de que (1) no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral; (2) el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es una tarea valiosa que debe además diferenciarse tanto de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas y sobre el derecho y otros fenómenos sociales, como de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales u otros; (3) las leyes son órdenes de seres

1999; COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001; LAPORTA, Francisco (comp.), *La enseñanza del derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, 2002; AA. VV., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, SELA, 2003, y COURTIS, Christian (comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, así como en CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, Madrid, Trotta, 2001; CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2006, y FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2002.

² BONILLA, Daniel, “Las clínicas de derecho de interés público”, en la ponencia inédita presentada en el Seminario Internacional *Nuevas tendencias en la enseñanza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 25 de enero de 2005; AGUILÓ, Joseph, “La Constitución como fuente del derecho”, en la ponencia inédita presentada en el *I Congreso Internacional de Teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 14 al 16 de marzo de 2002.

humanos (teoría imperativa de las normas); (4) un sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a proposiciones sociales, estándares morales o líneas de orientación, así como la pretensión de que (5) los juicios morales no pueden establecerse ni defenderse, como lo son los juicios de hecho, mediante argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías no cognoscitivistas).³

Sería un tanto inocuo plantear una descripción detallada y rigurosa que sustente la hegemonía que en nuestro medio (académico, judicial y político) ha tenido el formalismo como método de concebir el derecho y, por tanto, de interpretarlo y aplicarlo. Tal hegemonía ha ejercido igualmente un determinante influjo sobre las metodologías tradicionales de enseñanza del derecho en Colombia y países de latitudes cercanas. En sentido general, y en aras de la exposición, podríamos decir que el formalismo ha concebido, que la ley es igual al derecho y que exclusivamente por ésta se entiende y aplica; que existen respuestas únicas para todos los problemas que se le presentan a los jueces para su composición y que debe hallarlas en la fuente del derecho codificado; que la jurisprudencia y la doctrina sólo tienen fuerza auxiliar y en no todos los casos (descartando así la tesis optimista frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia), y que el juez ideal es el que no valora ni pondera porque el único facultado para crear derecho es el legislador. El

³ HART, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of the Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593 a 629. Este ensayo fue criticado por FULLER, Lon, “Positivism and the Fidelity to Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958. Para ilustrar un punto de partida del debate con un ejemplo conocido, durante el régimen nazi una señora denunció ante la temida Gestapo a su esposo por haber criticado el mando de Hitler en la guerra. El señor fue juzgado y sentenciado a muerte, pero se le conmutó la pena por algo que era casi una sentencia de muerte como era combatir en el frente ruso. Sobrevivió y denunció a su ex esposa quien, no obstante haber actuado bajo la ley vigente que prohibía criticar al Führer, fue juzgada y sentenciada por un tribunal de postguerra. Para Hart, la decisión de este tribunal es errónea porque el derecho nazi de 1934 era derecho válido en la medida en que satisfacía la “regla de reconocimiento”, mientras que Fuller sostenía que todo el régimen nazi era tan ilegal que nada en él podía contar como Derecho. Véase también sobre la cuestión positivista en HART, Juan Ramón de Páramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 341 y ss.

formalismo también sustenta la completitud, coherencia y claridad del ordenamiento jurídico, y concibe que la validez del procedimiento de expedición de las leyes y de la actuación judicial implican justicia, quedando por fuera del escenario de discusión, y naturalmente de enseñanza, cuestiones como la legitimidad moral y política del derecho, y respecto a las normas, su fundamentación filosófica, finalidad y propósitos políticos, viabilidad económica y el contexto sociocultural en el que rigen (eficacia).⁴ Respecto al sistema judicial colombiano, López Medina muestra que bajo el ropaje del positivismo jurídico, el formalismo lo aisló de las discusiones políticas que se desarrollaban en la época.⁵

De este puntual recuento del formalismo sólo me resta por mencionar que son numerosos y diversos los autores que pueden clasificarse como sus epígonos y defensores, pero a manera de ejemplo podríamos referirnos a Karl F. Savigny y la jurisprudencia conceptual o de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), a los miembros de la escuela francesa de la exégesis, y a los partidarios de la llamada ortodoxia clásica de Christopher C. Langdell, en Estados Unidos.⁶

De la interpretación, adopción y adecuación del formalismo positivista que se dio en Latinoamérica parece haber resultado especialmente mal librada la enseñanza del derecho. Pues bien se sabe y se ha padecido por más de una centuria el influjo que ha tenido la perspectiva formalista en los diseños de los planes de estudio, tanto por el excesivo protagonismo a las materias de derecho positivo –mientras que a otras áreas se les adjudica una participación significativamente menor– y las jerarquías

⁴ Sobre uno de los aspectos más relegados en nuestro medio, como es la influencia política en la composición de los planes de estudio jurídicos y para un análisis de la relevancia del Derecho Privado como centro de la enseñanza del derecho en Occidente, véase KENNEDY, Duncan, "The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum", en *Seton Hall Law Review*, nro. 14, 1983.

⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

⁶ No pretendo ser exhaustivo en esta exposición de la teoría formalista y sólo la desarrollaré en cuanto a la comprensión formalista del Derecho en lo relativo a su enseñanza. Sin embargo, puede serle útil al interesado el que, si bien la teoría formalista no es monolítica y existen marcadas diferencias entre las propuestas de sus representantes, estimo que la posición de Langdell contiene los elementos básicos comunes a las diferentes propuestas de tal escuela. Ver al respecto, GREY, Thomas C., "Langdell's Orthodoxy", en *University of Pittsburgh Law Review*, nro. 45, 1983.

que se perpetúan en las aulas, como por la adquisición de material bibliográfico, los requisitos para nombrar profesores y, en general, en la concepción global de este enfoque en la formación jurídica, caracterizado, en últimas, por los anquilosados arcaísmos del legalismo y la codificación.

Respecto a la enseñanza bajo su regencia, el formalismo privilegió criterios pedagógicos como un tipo de aprendizaje enciclopédico, en la medida en que el estudiante debe conocer enciclopédicamente todo el derecho y estudiarlo, casi, como se estudiaban las Sagradas Escrituras antaño. El programa curricular se estructura, conforme a esta concepción, según las clásicas divisiones del derecho: Penal, Laboral y Civil, etcétera, y este último, a su vez, debe subdividirse según la estructura, o “libros”, del Código Civil: personas, bienes, sucesiones y obligaciones, y contratos, tal como efectivamente aún se enseña en muchas facultades colombianas.

Otras consecuencias pedagógicas del formalismo como método de concepción y aplicación del derecho son la fragmentación del aprendizaje de éste al sobrevalorar la autoridad de las fuentes legislativas, minimizando la importancia de las otras fuentes (el papel de la jurisprudencia en la creación y desarrollo del derecho es despreciado por completo) y disciplinas (como la sociología, la filosofía o la economía). En este sentido, la principal tarea del profesor, en las aulas, es precisar los conceptos de las instituciones jurídicas y determinar su interrelación de manera que el orden jurídico pueda parecer como lo que (se supone que) es: un sistema de conceptos jerarquizados y coherentes, y a nivel académico, es escribir “Tratados de...” o “Comentarios sobre...” los códigos y las leyes fundamentales en su materia.

Y como lo ha sentenciado con razón Fiss:⁷

⁷ Fiss, Owen, “El derecho según Yale”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, op. cit. En ese libro se desarrolla un saludable ejercicio de autocritica frente a los valores dominantes que se les inculcan a los estudiantes, como son el alcance de posiciones de poder y la consecución de dinero, las cuales no resultan muy alejadas de los “valores” que otros programas de Derecho le inculcan a sus estudiantes. Sobre el contenido ideológico de los planes de estudio, ver también KENNEDY, Duncan, “Legal Education as Training for Hierarchy”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New Cork, Basic Books, 1998 [Nota de los editores: COURTIS, Cristián, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 373-401. KENNEDY, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos

La calidad de cualquier institución académica depende en definitiva de la profundidad y diversidad de su cuerpo docente, que es el que da forma al plan de estudios de la facultad y es el responsable de los resultados de la enseñanza, del carácter de su biblioteca, y del tipo de estudiantes que son atraídos por la institución. Es el cuerpo docente quien define la facultad.⁸

Tal esquema de enseñanza menosprecia la motivación en el aprendizaje y le confiere a la cátedra magistral una exclusividad como método de enseñanza, implicando que en la relación vertical profesor-estudiante que se crea, éste tiene poco o nada que aportar al proceso educativo, pues el profesor es el que conoce el temario y sabe los contenidos de la materia y los trasmite (dicta) en sus clases. El estudiante se acostumbra así, desde las primeras clases, a ser un ente pasivo que se limita sólo a escuchar y tomar apuntes, y ni le resulta necesario asistir regularmente a clases, pues lo que dice el profesor lo encontrará en los tratados o manuales, bastándole con memorizarlo antes del examen. Como advierte Juan Ramón Capella: “No se puede decir que una clase sirve para aprender si no proporciona algo que no se encuentra en los manuales”.⁹ Algún apunte interesante del profesor será copiosamente registrado por los estudiantes “hediondamente conformistas” –la expresión es de Capella–¹⁰ que son fiel reflejo de la represión inquisidora que fundan los profesores en el pavor ansioso que, a esta clase de estudiantes, les engendra la nota y la imagen que por este medio sus profesores, futuros colegas, se forjarán de ellos.

La consecuencia paulatina pero directa de esta orientación pedagógica es que el sistema evaluativo determina, casi exclusivamente, la retención

Aires, año 2, nro. 3, pp. 117-147]. La sección de Educación Jurídica y Admisiones de la *American Bar Association* emitió un informe (*McCrane Report*) en 1992 sobre el estado de la enseñanza del derecho donde se detallan los valores profesionales esenciales del abogado: proveer representación idónea, esforzarse por promover la justicia, la equidad y la moral, y procurar el perfeccionamiento profesional.

⁸ Considero más adecuada esta perspectiva que la sostenida por otra poderosa referencia en este ensayo: Juan Ramón Capella, para quien “son los estudiantes, más que los profesores, los que determinan el clima, el ambiente intelectual de un centro universitario”. CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, op. cit., p. 90.

⁹ CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, ob. cit., p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 62.

de información por parte del estudiante como su logro principal y cometido único, y se le dificulta aplicar lo aprendido por la descontextualización entre lo que se aprende y la realidad en donde debe aplicarse. Erróneamente se presupone que con la memorización se pueden afrontar los diversos problemas sociales que el abogado contemporáneo está llamado a resolver, orientándose así su aprendizaje hacia la repetición laboriosa del conjunto de códigos y demás leyes consideradas de una aplicación mecánica y casi automática, generando así más obtención de información que de ejercicio de habilidades y desarrollo de destrezas.

Tan infortunado equívoco metodológico, que aún pervive en muchas facultades, instituyó la memoria como fundamento de la enseñanza, sustentando una visión ritualista-medievalista respecto a la enseñanza del derecho y conservando una visión sacramental que fomenta un sistema pedagógico anclado en una realidad sociojurídica caduca. El aprendizaje tradicional del derecho se presenta como la actividad inercial de ceñirse a una serie de leyes y procedimientos en donde lo único aparentemente relevante es conocer sus contenidos y la mecánica con la que se vuelven operativos, sin utilizar recursos teóricos y conceptuales que le exijan al estudiante que se cuestione sobre la realidad social implícita en ellos, limitando la enseñanza a la transmisión de información y al enfoque que afronta los problemas sólo desde el procedimiento lógico-deductivo. Capella lo critica de la siguiente forma: "La mayoría de las veces el profesorado, a la hora de examinar, no atina a averiguar lo que el estudiante *sabe* y se limita a averiguar lo que *recuerda*".¹¹ Esto desemboca en que el estudiante se vaya condicionando a estudiar para aprobar, no para aprender y, como lo enfatiza más adelante:

El estudiar para aprobar puede arruinar muchísimas inteligencias que sólo son capaces de memorizar. Esto es: incapaces de insertar los parciales conocimientos trasmitidos en una comprensión compleja de la vida social; incapaces de hacerse no ya con un pensamiento técnico-jurídico eficiente, sino de problematizarlo y adaptarlo a la cambiante realidad social, y, profesionalmente, a la actividad personal.¹²

¹¹ CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, ob. cit., p. 75.

¹² *Ibidem*, pp. 76-77.

El culto a la memoria como fuente primaria y absoluta del fenómeno de lo jurídico eterniza el enfoque “profesionalizante” del que resultan las principales deficiencias de una formación que sustenta la enseñanza en la in-di-gestión de leyes y descuida otros importantes aspectos pedagógicos como la investigación sociojurídica y el diálogo que ésta propicia con otras disciplinas, y la ius-filosofía, que le aporta en su labor una perspectiva crítica y una conciencia sobre el rigor que exige el estudio del derecho desde toda perspectiva, no sólo desde la de los buenos litigantes.

Por esta razón suele calificarse la enseñanza jurídica actual como decimonónica, a-crítica y unidimensional, ya que al estar desconectada de las herramientas que le proporcionan otros discursos alternos, permanece descontextualizada de la compleja realidad social e independiente de los verdaderos debates jurídicos, de la interacción derecho-realidad y su integración con la reflexión interdisciplinaria entre la literatura legislativa y jurídica, con la práctica profesional. Como se preguntara Walter Benjamin: “¿Para qué valen los bienes de la educación, si no los une a ellos la experiencia? Y a dónde conduce simularla o solaparla, es algo que la espantosa malla híbrida de estilos y cosmovisiones en el siglo pasado nos ha mostrado con tanta claridad que debemos tener por honroso confesar nuestra pobreza”.¹³

Una formación tan concentrada en los códigos y los procedimientos, de espalda a la realidad social y a los nuevos desarrollos teóricos, confluye igualmente con el hecho de que al estudiante se le reduce dramáticamente su espectro o imaginario, tanto sobre lo que realmente es capaz de hacer una vez graduado –además de litigar–, como sobre la verdadera importancia y capacidad del derecho para resolver los grandes problemas nacionales. Debe insistirse, cuantas veces sea menester, en que la rica fenomenología de los estudios jurídicos repercute asimismo en las diversas funciones que está (estaría) facultado para desempeñar un recién estrenado abogado, tales como por ejemplo (empecemos por lo obvio) el litigio para representar personas o empresas; la academia, la docencia o la investigación; la asociación con las grandes firmas o los bufetes; la asesoría y consultoría pública y privada, así como la gerencia de compañías; el

¹³ BENJAMIN, Walter, “Experiencia y pobreza”, en *Discursos interrumpidos I*, Madrid, Taurus, 1982.

Poder Judicial, Fiscalía o la representación litigiosa del Gobierno; y el trabajo con ONG o con “clínicas de derecho de interés público”.

Sobre la unilateralidad de concebir el derecho como un conjunto de leyes, resulta singularmente ilustrativa una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 1973, en la que se decidió sobre la validez de la creación judicial de derecho en contra del texto mismo de una ley.¹⁴ En uno de sus apartes fundamentales nos enseña que

El Derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en Derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.

A la Corte Constitucional de Colombia (SC-479/92) le resulta en el mismo sentido indispensable reivindicar la concepción según la cual “el Derecho no se agota en las normas”.

II

En Colombia, aunque como queda claro por la literatura existente no resulta indebido generalizarlo (y extender la crítica) hacia los países de la región, el esquema dominante de enseñanza de la Filosofía del Derecho consiste, entonces, en una miope perspectiva que se revela en un tipo de enseñanza concentrada exclusivamente en la historia de lo que han escrito los filósofos sobre el Estado y el Derecho (o “lo justo”) desde hace 25 siglos. Esta concepción pedagógica, heredera de los vicios del formalismo, reside en una repetición de lecturas a-sistemáticas que se han inscrito en alguna de las corrientes de pensamiento que se presentan y (a los estudiantes) se imponen a la manera de modas, con todo y sus “cuartos de hora” de fama.

Su cometido meramente divulgativo le impide a este esquema, tanto plantear discusiones rigurosas en torno a la teoría de nuestras prácticas y al entendimiento de que toda práctica –y en especial la jurídica– tiene

¹⁴ BVerfGE 34, p. 269, 286 y ss.

una teoría, como ofrecer superaciones efectivas que articulen la teoría con la práctica jurídicas. Al respecto podemos extender nuestro argumento hasta el que planteara el profesor de Filosofía de la Universidad Nacional de Bogotá, Lisímaco Parra, en relación con la actividad filosófica en Colombia, sobre lo que afirmó que “no hacemos filosofía, ni historia de la filosofía, sino *exégesis divulgativa de textos filosóficos*”, y “si observamos la evolución de nuestro transcurrir filosófico [...] a lo que asistimos es a una sucesión más o menos caótica, tal vez *más de autores que de problemas*”.¹⁵

Por una razón eminentemente retórica, me referiré al profesor promedio de Filosofía del Derecho que, en últimas, no hace Filosofía del Derecho sino una –muchas veces competente pero a todas resultas inadecuada– historiografía a-crítica de las obras canónicas de la Filosofía del Derecho, como “ius-filosofastro”.¹⁶ Este profesor enseña Filosofía del Derecho, básicamente, extendiendo el canon iusfilosófico central de autores clásicos que son de manera casi evidente como los líderes de determinadas escuelas iusteóricas transnacionales. En sus clases se limita a valorar y describir las narrativas jurídicas provenientes de los contextos de producción de teorías del derecho sin dar cuenta de las jurisdicciones políticas, ideológicas y académicas locales al momento de analizar un grupo de obras famosas escritas dentro de contextos socioculturales y esquemas investigativos muy particulares y con especificidades que hacen imposible su asimilación automática a otras realidades sociojurídicas. Son, entonces, lecturas que se realizan sin análisis contextual alguno ni problematización sobre las particularidades desde donde se las aborda, lo cual las desconecta con las cosas que, se supone, hacen los profesionales exitosos en las firmas y bufetes, y en las asesorías o consultorías.

Debido a la forma estéril y vertical de enseñar las teorías canónicas de autores como Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy, Rawls o Habermas, es que en la estructura general de la enseñanza del derecho éstas no pasan

¹⁵ PARRA, Lisímaco, “Trabajo filosófico y comunidad filosófica”, en *Ideas y valores*, nro. 104, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, 1997, p. 68, énfasis añadidos.

¹⁶ Para mayor claridad: filosofastro es el falso filósofo que pretende examinar los problemas y cuestiones centrales de la filosofía (filosofar), sin tener la capacidad de hacerlo.

a ser más que recuentos históricos casi esotéricos (que muchas veces se remontan hasta los presocráticos y se van acercando a grandes saltos hacia nuestros tiempos, no hacia nuestros entornos) y, en todo caso, desarticulados entre ellos y con la propia dogmática jurídica, por lo que en nada aporta su estudio para mejorar la comprensión del andamiaje jurídico local, ni su parte teórica ni, mucho menos, su parte práctica u operativa. Tener un meridiano entendimiento de las adaptaciones (“impuras”, en el sentido de López)¹⁷ de las teorías a nivel local es más importante que el empeño por realizar reconstrucciones de las teorías a partir de interpretaciones “originalistas”, es decir, de las que sólo pretenden desentrañar los sentidos objetivos, ciertos e inequívocos de los textos a partir de las intenciones de quienes los redactaron.¹⁸

En esta crítica a la concepción y enseñanza de la Filosofía del Derecho no tengo dudas de haber molestado a algunos abogados, pues a continuación corro el riesgo de molestar también a los filósofos, ya que igualmente estimo que hacia ellos puede dirigirse una crítica que describiré brevemente.

Si bien el cultivo profesional de la actividad iusfilosófica en Colombia, y en general en los países de tradición romano-germánica, constantemente permite recoger cosechas intelectuales abundantes (entre publicaciones periódicas, seriadas y monográficas, y memorias de eventos académicos) que harían que el interesado se pudiera pasar gran parte de su vida tratando sólo de permanecer actualizado, no puede desconocerse que se intensifica y generaliza entre el estudiantado y un amplio sector de los profesores de materias de derecho codificado –quienes igualmente ven

¹⁷ Las teorías son “impuras” luego del proceso de viaje desde su sitio de producción hasta el de recepción, donde se asienta y muta; son “síntesis extrañas y creativas que, sin embargo, son esenciales para entender las prácticas jurídicas locales”. LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit., p. 461.

¹⁸ Esta crítica sobre la pretensión de apropiación teórica exclusivamente a partir de la interpretación en sus propios contextos de creación, puede ilustrarse extendiendo la cuestión de la interpretación “originalista” de la Constitución, es decir, aquella que sólo procura desentrañar el sentido de quienes la redactaron. Tal modelo interpretativo ha sido defendido por los magistrados Scalia y Thomas de la Suprema Corte, “como si las intenciones de los mentores históricos de alguna cláusula particular de la Constitución fuesen la única guía aceptable para su significado”. Ver al respecto DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Mass., Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 117-139.

con suma reserva el ascendiente énfasis que se le confiere a la Filosofía del Derecho por parte de las áreas de teoría jurídica en diversas facultades— una imagen desfavorable y desconfiada que versa fundamentalmente en el rol que deben desempeñar al interior de la práctica jurídica los discursos iusfilosóficos y los debates transnacionales sobre la concepción, interpretación y aplicación del derecho, sobre el papel del juez en el nuevo derecho y sobre el rol cada vez más fortalecido de la jurisprudencia en la concreción de los principios constitucionales.

Este sector del cuerpo docente en las facultades de Derecho reclaman que los iusfilósofos no pierdan el contacto con la realidad por cuenta de un ejercicio, más que una actividad, que parece más bien una especie peculiar de idiosincrasia propia de intelectuales que muchas veces se asume como un saber aislado que no se siente preocupado por la urgencia de transformar el mundo sustantivo, ni que está en capacidad de responder de una manera más comprometida y creativa a las demandas que le plantean las cuestiones de la práctica jurídica.

En un contexto donde el iusfilosofastro no toma conciencia de que debe romper el celofán que lo aísla de la realidad social, es asimilado acertadamente a un intelectual que juega al ajedrez con los conceptos, que vive profundamente absorto en la reflexión de sus propios y autoinventados problemas y que no abandona el inerte santuario en el que muchas veces se le transforma su cátedra. Este profesor no acaba de entender que de lo que se trata con la Filosofía del Derecho es de hacer crecer la profesión y transformar la propia cultura sobre la base, sin duda, de los productos académicos de los países hegemónicos de producción de teorías transnacionales del derecho, pero realizando una lectura creativa y una interpretación fiel a los textos que responda a las restricciones y condicionamientos que imponen las necesidades contextuales de los sitios de recepción, las cuales evidentemente no son las mismas (muchas veces, ni siquiera similares) a las de los ambientes de producción.

Legítimamente puede llegar a denunciarse la falta de compromiso de muchos filósofos del derecho al momento de intervenir activamente en los problemas jurídicos apremiantes, lo cual suscita reacciones escépticas o negativas sobre la verdadera relevancia sociojurídica de su disciplina y conduce a su pérdida de credibilidad. Dicha actitud parece

justificar en nuestros días la visión defendida por Trasímaco, en la *Re-pública* de Platón, al decir que la filosofía es un pasatiempo muy constructivo en la formación de los jóvenes, pero un vicio de mal gusto en las personas serias y con responsabilidades, quienes, decepcionadas, vuelven la mirada hacia saberes más útiles y más capaces de transformar la realidad.

El ejercicio de encontrar recursos mejores y más efectivos para articular la relación de la teoría con la práctica jurídicas, cobra una inusitada relevancia en contextos como el nuestro que ha estado dominado por el formalismo “legocentrista”, por lo que tal relación se ha presentado tradicionalmente como excluyente y jerárquica, y que parece estar cada vez más encandilado por el aparente protagonismo social de los litigantes prestigiosos que parecen no requerir de la reflexión iusfilosófica en su exitosa carrera laboral. Esto debe presentarle a las autoridades universitarias dramáticos interrogantes sobre lo que es realmente imprescindible debatir.

Del mismo modo debe entenderse que ni el derecho ni ninguna de sus subdisciplinas “integrativas” y las afines, ni las reflexiones que se desarrollan desde la dogmática, existen para ser objeto de meras elucubraciones abstractas, sino que de su naturaleza ontológica es la aplicación concreta a las relaciones ciudadanas y cuestiones prácticas.

Varios autores, provenientes de diversos contextos y tradiciones, han sostenido esta demanda que es urgente entre nosotros. Para Kaufmann, “también la Filosofía del Derecho, si no quiere ser simplemente especulativa, tiene que apoyarse en la *experiencia*; igualmente en ella tienen que estudiarse y discutirse los problemas en el *caso* (...) también ella tiene, para decirlo de algún modo, que operar experimentalmente”.¹⁹ Alexy advirtió al respecto que “Hay problemas de dogmática jurídica que difícilmente pueden ser resueltos sin una competencia en teoría del Derecho”, y como ejemplo señala la cuestión de por qué es un límite a un derecho.²⁰

¹⁹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 43-62.

²⁰ “Manuel Atienza entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa*, nro. 24, Alicante, 2001, pp. 671-687.

Bobbio destacó de Cossio, a propósito de la discusión que sostuvieron sobre la distinción entre analogía jurídica y analogía lógica,²¹ que siempre fue de la mayor relevancia sustentar y evidenciar en su obra que la Filosofía del Derecho no debe convertirse en el feudo intelectual exclusivo de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones.

Para el profesor español Juan Antonio García Amado:²²

La Filosofía del Derecho existe fundamentalmente como actividad, como un núcleo temático formado por el Derecho como fenómeno global, incluyendo su práctica como parte esencial, y acogido por un cierto método tendiente a obtener conclusiones o tesis que rebasen el alcance de los problemas jurídico-positivos concretos o los ordenamientos particulares.

Para los profesores de Filosofía del Derecho, en definitiva, debe ser siempre una prioridad, como lo fue para Kant, que “sus estudiantes no sólo aprendan pensamientos sino a pensar, que no aprendan una filosofía ya hecha, sino a filosofar”.²³

Es claramente desafortunado que aún subsistan en algunas facultades fragmentos de antiguos modelos pedagógicos ya sepultados por la historia, cuyos profesores (“apologetas” a ultranza de la tradición y el *statu quo*) no cuentan con más alternativa que atrincherarse en parcelas “eruditizantes” para resguardar sus propios feudos intelectuales, por ejemplo, reduciendo el debate iusfilosófico a la dicotomía entre iuspositivismo e iusnaturalismo (cosa que al mismo tiempo, así visto, no es más que un falso dilema), lo cual desemboca en discusiones endogámicas y absurdamente hipercomplejas, e irrelevantes por completo.

²¹ Cfr.: BOBBIO, Norberto, “La plenitud del orden jurídico y la interpretación”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nro. 21, México D. F., ITAM, octubre de 2004.

²² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Algunas consideraciones sobre la Filosofía del Derecho y su posible sentido actual”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1990.

²³ Así anuncia el objetivo de su curso de ética para el semestre de invierno de 1765-1766. Cfr.: VORLÄNDER, Kart, *Kants Leben*, Felix Meiner Verlag, 1986, p. 43. Adeudo esta referencia al prof. Vicente Durán.

Reconsiderar el enfoque de la enseñanza de la Filosofía del Derecho hacia escuelas como los Estudios Críticos del Derecho, los principios generales y teorías como la de argumentación jurídica, entre otras, permitirían instaurar una “tercera vía”, como lo han demandado iusfilósofos como Kaufmann,²⁴ que saludablemente sustituya el lugar de los sempiternos debates entre iusnaturalistas e iuspositivistas.²⁵ Así se contribuirá también a que el estudiante desarrolle las habilidades que otorga el estudio serio y riguroso (en creativa y constructiva articulación con la normatividad) de la Filosofía del Derecho, para lograr avanzar conjuntamente hacia el mejoramiento de la educación y el fortalecimiento de las competencias profesionales.

En general, como ha argumentado Dworkin, “sería insultante, tanto para los jueces como para los filósofos, asumir que los primeros no se podrían beneficiar del estudio de las teorías diferentes y opuestas de los segundos, de igual manera como los filósofos se benefician leyendo los escritos de los abogados que defienden tesis opuestas en una discusión”. En especial respecto a los jueces, el profesor norteamericano sustenta que lo que hacen “es de una gran importancia, no sólo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el Derecho Constitucional, para la gobernabilidad de la Nación”,²⁶ por lo que resulta inadmisibles que los jueces, e intérpretes en general del Derecho, ignoren en su actividad las cuestiones que han sido debatidas por los filósofos durante tantos siglos.

²⁴ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 105 y ss.

²⁵ En la misma línea en la que se inscribe esta parte del ensayo, Farrell sostiene –respecto a la versión tradicional de la (seudo)discusión entre iuspositivistas e iusnaturalistas– que los temas recurrentes de tal enfrentamiento han agotado su importancia, y muestra su perplejidad por el hecho de que en la Filosofía del Derecho se continúe polemizando sobre algo tan poco dramático y poco relevante. FARELL, Martín D., “¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”, en *Doxa*, nro. 21, Alicante, 1998.

²⁶ DWORKIN, Ronald, “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, en la Conferencia *New York Council for the Humanities*, 11 de octubre de 2000. Vers. cast. de GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Estudios de Derecho*, nro. 144, año LXIV, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, julio y diciembre de 2007.

III

Entre los estudiantes, la referida desvinculación programática entre el discurso iusfilosófico y la enseñanza de las normas de los códigos, inevitablemente produce un profundo desconcierto (y un tanto de aburrimiento) por la falta de articulación entre la teoría iusfilosófica y la práctica litigiosa, por lo cual toda transversalización interdisciplinaria está llamada al fracaso. La forma tradicional de enseñar la Filosofía del Derecho, estéril y fuera de los propios contextos en los que se abordan influyentes obras clásicas, hace, a los estudiantes, apáticos y escépticos –casi cínicos– frente al definitivo papel que la Filosofía del Derecho está llamada a cumplir en la educación jurídica.

En el tiempo dedicado a su estudio, el estudiante de Filosofía del Derecho debe adquirir la habilidad de pensar profundamente sobre el derecho y preocuparse por su contenido, es decir: “filosofar el derecho”, o sea comprender y cuestionar los conceptos más comunes que se utilizan (con frecuencia inadvertida y hasta arbitrariamente) en el discurso jurídico, tales como por ejemplo: dogmática, regla-principio, teoría-hipótesis, democracia, justicia-equidad, racional-razonable, ontología, legitimidad-validez-eficacia, derecho-obligación-deber,²⁷ así como esclarecer la “multivocidad” de usos y significados, en muchos casos ambigüedades, que presentan tales conceptos cuando se aplican a casos particulares.

Con una rigurosa y adecuada orientación en esta materia, el estudiante desarrollará habilidades críticas y analíticas que le permitirán plantear preguntas, razonar sobre ellas y examinar las respuestas obtenidas, así como debatir los presupuestos y fundamentos del lenguaje jurídico y analizar la relación entre las técnicas y doctrinas jurídicas, con el sentido y la validez del conocimiento que se transmite en las aulas. El estudiante bien orientado podrá plantearse reflexiones autónomas sobre el entendimiento del derecho y de todo el fenómeno de lo jurídico, partiendo del conocimiento de la dogmática y el derecho sustantivo, pues tampoco se trata de que la demanda por un mayor componente teórico en la

²⁷ Estos tres últimos conceptos fueron estudiados por Hart respecto a su derivación del lenguaje. Cfr. HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Cap. II, Oxford University Press, 1994.

enseñanza del derecho desemboque en una falta de rigor y estudio sobre la dogmática estrictamente jurídica, por lo que debe compartirse en este punto la advertencia de Kennedy,²⁸ para quien la enseñanza de la teoría y doctrina en aislamiento del desarrollo de habilidades prácticas es un “mecanismo incapacitante” para el futuro abogado.²⁹

En definitiva, si bien en las aulas se deben enseñar los procedimientos legales y la normatividad vigente, esto es condición necesaria, pero no condición suficiente, para la formación de los futuros juristas, ubicándose la Filosofía del Derecho dentro de las condiciones “necesarias” y, articuladas con otras (sociología, economía, etc.) “suficientes”, para progresar en el estudio de la norma, pero también en la comprensión de su razón de ser para que se puedan develar con propiedad las implicaciones prácticas de tal o cual posición doctrinaria o jurisprudencial, crear y consolidar subreglas constitucionales, aplicar los mecanismos interpretativos e integrar un caso difícil en el mandato imperativo del ordenamiento para solucionar las lagunas jurídicas.

No son acaso muchos los problemas que se presentan al interior mismo de la dogmática jurídica que difícilmente podrían resolverse sin acudir a la teoría jurídica o a las destrezas que ésta desarrolla, y sin haber extendido a lo largo de la formación habilidades y técnicas más allá de las que se ponen en práctica desde los estudios legales. Como ejemplos pueden indicarse, entre muchos otros, los siguientes problemas que tienen que decidir los jueces y defender los litigantes: cómo se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales, cuáles son los factores (esenciales y accidentales) que se deben considerar en una pondera-

²⁸ KENNEDY, Duncan, *Legal Education as Training for Hierarchy*, op. cit., p. 54.

²⁹ Sobre las destrezas prácticas y su relación con las teóricas y doctrinales en el medio norteamericano, que arroja importantes conclusiones para otros contextos, ver COOPER, Byron, “The Integration of Theory, Doctrine, and Practice in Legal Education”, en *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, nro. 1. Ver también al respecto LYON LEVINE, Martin (ed.), *Legal Education*, Aldershot, Dartmouth, 1993. Para una descripción de las perspectivas dominantes, y una crítica, de las discusiones tradicionales en torno a la pedagogía jurídica, ver MONTOYA, Juny, *Historical Debates in U. S. Legal Education*, Serie Documentos de Investigación, nro. 13, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2004. Una amplia bibliografía sobre educación jurídica en Estados Unidos se encuentra en Periódico del Departamento de Estado de Estados Unidos, *Temas de la democracia*, vol. 7, nro. 2, “Educación jurídica en Estados Unidos”, 2002, pp. 42, 46.

ción, existe o no una distinción moralmente significativa entre el acto negativo de dejar morir y el acto positivo de retirar los soportes artificiales de la vida, y de resolverse esta distinción –si existiese–, podría derivarse jurídicamente el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido; de ser cierto que un cigoto es un ser vivo, debe prestársele el mismo respeto a esa vida que a la de un recién nacido; el hecho de que el concepto civil “familia” amparara tradicionalmente al hombre y a la mujer, quiere decir que la unión marital entre parejas del mismo sexo está prohibida por ley; si históricamente unos son los derechos sociales y otros los fundamentales, los jueces sólo pueden proteger los segundos mientras que la salvaguardia de los primeros está sólo en manos del legislador.

Las facultades de Derecho que integran la reducida elite³⁰ en las principales capitales se caracterizan, entre otros factores, por que tienen sólidos y reconocidos grupos de investigación; poseen bibliotecas actualizadas con numerosísimos volúmenes; su planta física permite un adecuado proceso de enseñanza; cuentan con varios y reconocidos doctores cuya producción intelectual es fuente fértil de relevantes discusiones teóricas e influye asimismo en los pronunciamientos judiciales y en los cada vez más abundantes trabajos académicos que a diario enriquecen el estado del arte, y por cuyas series de publicaciones, originales y traducciones, se conocen los trabajos producidos en los ambientes hermenéuticos ricos.

A partir de lo anterior pretendo poner de relieve que en no pocas ocasiones se evidencia entre los pregrados que no hacen parte de esta

³⁰ No es nada nuevo decir que las elites son las que se apropian de los sistemas de producción jurídica. Sobre la competencia jurídica como poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico, ver BOURDIEU, Pierre, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000. Robert GORDON (en *Temas de la democracia*, p. 7) señala algo del contexto norteamericano que puede calcarse al nuestro: los graduados de las escuelas más selectas son reclutados para los trabajos más prestigiosos y mejor pagados, mientras que los graduados de escuelas de menor rango en ocasiones tienen problemas para encontrar empleo como abogados. En esta perspectiva podría ser leída la denuncia de KENNEDY (“Legal Education as Training for Hierarchy”, op. cit.) hacia las facultades de Derecho como reproductoras de las jerarquías sociales, pues las vivencias políticas en las clases entrenan a los estudiantes para que acepten y, posteriormente, participen en la estructura jerárquica de la sociedad.

elite o que se alejan sustancialmente de tales caracterizaciones, uno de los siguientes problemas: (i) por su menor capacidad económica y, en algunos casos, por su menor conciencia sobre el deber ser del derecho en un nuevo estado constitucional que se globaliza aceleradamente, no han integrado en el discurso pedagógico nuevas materias ni se han actualizado desde hace décadas las materias canónicas del Derecho Civil, Penal, Laboral...; o bien (ii) cuando se ha dado este paso y se incluyen en el plan de estudios materias que tienen una relación más directa con la filosofía, la sociología y la economía, la referida integración es meramente formal porque otros asuntos esenciales permanecen estáticos: las jerarquías no se modifican, la formación de competencias sigue restringida al conocimiento de la ley y, en general, se presentan –juntamente con los (que he denominado aquí) “discursos alternos”– los vicios del formalismo detallados en las primeras páginas de este ensayo. Por estas razones, bien entre otras, la referida y altamente ponderada renovación curricular no logra integrarse efectiva y constructivamente con el núcleo central de enseñanza de la normatividad para desembocar en la formación de un jurista con capacidades de juicio y crítica en el desarrollo de su actividad.

Es decir, la sola obligación de que los estudiantes tengan que cursar y aprobar materias propias del campo de las humanidades u otras ciencias sociales, así como las económicas, o que éstas se oferten en los currículos como optativas o pertenecientes a la formación disciplinar, no genera, *per se*, capacidades ni permite el desarrollo de destrezas, ni mucho menos estimula a los estudiantes académica o intelectualmente. En un contexto de falta de integración disciplinaria en el cual continúa en la práctica la separación entre, como diría Nino, “discursos insulares”, las asignaturas que complementan la enseñanza jurídica están condenadas al perenne letargo.

Al respecto estimo que debe objetarse la (presunta) renovación curricular cuando se presenta como exitosa no obstante exigírsele al estudiante, a la par del estudio de las grandes obras de la teoría jurídica moderna y contemporánea, de la jurisprudencia constitucional y de la literatura jurídica en general, que debe memorizarse cierto articulado para un examen, o cuando al interior de la facultad no se evolucionan los debates sobre la caduca rigidez de la separación entre el Derecho

Privado y el Derecho Público. La conexión que en este tipo de pregrados se da entre las materias teóricas con las dogmáticas y las prácticas (forenses, por ejemplo) es profundamente abstracta e ingenua, pues no se consigue con éxito, ni que la teoría vincule, comprometa, ilustre y, de esta forma, modifique la práctica jurídica, ni que esta última se vuelva más teórica y, así, que esté más en contacto con todas las dimensiones (más allá de la mera normatividad) que hacen parte de la fenomenología jurídica.

Como mencionábamos atrás, los filósofos del derecho deben combatir y perseverar por que se cuente en las facultades, de un lado, con una teoría más comprometida con el fenómeno de lo jurídico que con ella misma y, de otro, con una práctica y una dogmática más teóricas. Es decir, una teoría que explique con un empeño de mayor articulación lo que tiene que explicar, a saber, el fenómeno del derecho en contacto con la cultura y con la filosofía, pero no en una conexión abstracta o ingenua sino más consciente, de tal manera que la teoría del derecho beba de sus contextos culturales generales y de la filosofía general, pero que al mismo tiempo explique más el fenómeno que tiene que explicar.³¹

Sólo en la medida en que se haga un esfuerzo adicional por demostrar la importancia de la reflexión iusfilosófica en el derecho, articulando las teorías que respaldan la comprensión de los códigos,³² es que el estudiante construirá los elementos necesarios para orientarse en la formación de criterio jurídico, donde se asuman conceptos legales y contextos sociales, aprendiendo a conocer el derecho y sus expresiones, así como sus cambios paradigmáticos, para poder profundizar posteriormente en el estudio de la complejidad de los sistemas normativos y la

³¹ Agradezco aquí al prof. Diego López Medina.

³² Habría que seguir aquí a William Ewald, para quien el entendimiento del derecho está supeditado a la comprensión de las normas que integran el ordenamiento jurídico, pero también al conocimiento de los presupuestos fundamentales de su teoría del Derecho. Ejemplificando con el Derecho alemán, afirma EWALD ("Comparative Jurisprudence (I) What was it like to try a rat?", en *Pennsylvania Law Review*, nro. 143, 1994, pp. 1943-1944): "[C]onsidero en detalle el Código Civil alemán; explico cómo su redacción estuvo influenciada por las ideas de Kant, Savigny y Thibaut, Windscheid y Gierke, y argumento que, *a no ser que uno entienda estas ideas superiores*, no se pueden entender temas centrales en el Derecho Privado alemán actual".

casuística. Serán competentes asimismo para emitir juicios críticos sobre el derecho vigente, su legitimidad y aplicación eficaz.

La Filosofía del Derecho ha adquirido una verdadera dimensión práctica por cuenta de la revitalización de sus temas y problemas, tanto en nuestra propia concepción de todo el fenómeno de lo jurídico, como en las decisiones de los jueces. Tal dimensión práctica resulta relevante porque indefectiblemente cuando se practica el derecho se tiene una filosofía del derecho. Acorde a Filmer S. C. Northrop:

Con seguridad, hay abogados, jueces y aun profesores de derecho que nos dicen que ellos no tienen una específica Filosofía del Derecho. En Derecho, como en otras cosas, nosotros encontramos que la única diferencia entre una persona "sin filosofía" y alguien con ella, es que la última sabe cuál es su filosofía.³³

En esta misma concepción se inscribe López Medina cuando señala que

El que niega la existencia de teoría del derecho en una cultura jurídica, tan sólo afirma que él, en realidad, no es consciente de la misma.³⁴

Dentro de tal dimensión práctica, el énfasis en la crítica que propone la Filosofía del Derecho es pertinente en singular forma. Precisamente, la raíz etimológica de lo "crítico" alude al ejercicio de separar y diferenciar, por ejemplo, al momento de determinar los conflictos que se presentan entre lo que el estudiante aprende en la facultad y lo que se espera que el abogado que recién se va a estrenar en el medio conozca y domine, y entre lo que los profesores consideran más valioso enseñar y lo que la facultad promueve oficialmente. Por tal énfasis crítico, el estudiante incluso estará dotado de elementos poderosos para relativizar

³³ NORTHROP, Filmer S. C., *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the method of normative subjects*, Boston, Little Brown, 1959, p. 6.

³⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit., p. 51. Esta idea la había planteado el autor cuando, en un ensayo temprano donde adelantaba algunas de las tesis centrales del capítulo 4 (4.2) de tal libro, expresó que "Quienes afirman no tener una teoría del Derecho sólo afirman, en últimas, que poseen una teoría del Derecho que no está bajo su control consciente". Tal ensayo es "Hacia la reconstrucción de la teoría del Derecho Privado en Colombia", en *Revista de Derecho Privado*, nro. 27, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, febrero de 2002.

y reorientar la jerarquía de lo que se le enseña, pudiendo estructurar sus intereses intelectuales frente a lo que el plan de estudios le otorga una débil, o nula, participación.

Un panorama donde tras el paso de las décadas no ha evolucionado una dogmática jurídica de corto vuelo intelectual, donde se defienden posiciones homogenizadoras con pocos intentos efectivos de vincular la teoría con la práctica, y donde no se inserta la dogmática en las asignaturas interdisciplinarias e investigativas, sólo puede desembocar en que la enseñanza de la Filosofía del Derecho, en primer lugar, consiga que el estudiante aprenda un derecho sin filosofía, indebida e irrestrictamente enfocado hacia la comprensión de las normas y los procedimientos y, en segundo lugar, que crea que sabe más filosofía de la que necesita para desenvolverse adecuada y competentemente en uno de los campos laborales más saturados actualmente.

En un contexto de distanciamiento artificial entre las teorías y falta de rigor crítico en las lecturas y las interpretaciones que hace el iusfilosofastro, Kelsen no puede ser interpretado de otra forma por el estudiante que como un pétreo positivista en una constante e inacabada batalla contra el iusnaturalismo, y nada más. Resulta pertinente en este punto acometer otro tipo de lecturas de la obra de nuestro padre Kelsen, tal como la distinción que podría hacerse de la misma propuesta por López Medina³⁵ entre una “recepción académica” y una recepción popular, práctica y fácil de manejar (“pop”, como la denomina).³⁶

Las escuelas de Derecho deben ser el lugar por excelencia donde se edifique un sistema de pensamiento y de razonamiento que propenda creativa y constructivamente a la superación de la miseria jurídica en la que son sumergidas las mentalidades estudiantiles por el enfoque formalista del derecho, y así poder romper el rigorismo positivista para recuperar la creencia en el papel transformador del derecho.

³⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit., pp. 397, 348 a 356 y ss. Distinción que no ha estado exenta de críticas. Véase próximamente el número de la revista argentina *Discusiones*, en edición de Daniel Bonilla, que se dedica enteramente a tal libro y de la cual hacen parte varios ensayos con objeciones severas.

³⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit.

IV

Si acaso existe algo en la filosofía que pueda considerarse enseñanza, sólo puede ser el enseñar a pensar por uno mismo.

LEONARD NELSON

La enseñanza de la Filosofía del Derecho y la orientación filosófica, o interdisciplinaria, de los planes de estudio debe ser poderosa, interesante y sugestiva; debe asimismo explicar lo que hacen los abogados y llevarlos a un mayor nivel de autoconciencia y crítica cuando hacen lo que hacen, pues la Filosofía del Derecho en la actualidad, hágase desde el derecho o desde la filosofía,³⁷ debe contar entre sus caracteres esenciales con una orientación pragmática y un enfoque interdisciplinario; debe proporcionar una conciencia más diáfana de las funciones que en la sociedad contemporánea se cumplen por el derecho y a través del derecho; e igualmente debe tener sentido en la práctica, pues la reflexión sobre lo social es inherente a la actividad filosófica si ésta ha de asumirse responsablemente de un modo crítico. De ahí la necesidad para el verdadero filósofo del derecho de establecer una estrecha articulación entre los ámbitos iusfilosóficos de la cultura y la sociedad con la vida cotidiana, con lo que Habermas llama “el mundo de la vida”.³⁸

Lo denunciado hasta aquí respecto a la falta de articulación o a la articulación estéril de los productos teóricos con la normatividad sustantiva deriva asimismo en que se reduzca el número de estudiantes dispuestos y, sobre todo, capacitados para debatir alrededor de los complejos y dramáticos matices que sobresalen cuando cualquier rasgo de la fisonomía del derecho se observa con una perspectiva crítica. Sobre

³⁷ En torno al estatuto epistemológico de la Filosofía del Derecho, Mejía Quintana sostiene que “la Filosofía del Derecho es una parcela de la filosofía, no del derecho, aunque los juristas amigos de la filosofía no quieran reconocerlo y pretendan mantener una identidad entre Filosofía del Derecho y teoría jurídica, peligrosa para una y otra en la medida en que con ello propician el desdibujamiento de la primera y exacerban la ideologización de la segunda”. MEJÍA QUINTANA, Oscar, *Teoría política, democracia radical y Filosofía del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 361-417.

³⁸ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, Madrid, Taurus, 1989, pp. 170-179.

la importancia de la crítica y el debate se ha escrito muchísimo, pero pocos párrafos me han resultado tan sugestivos como éste:

Cuando son menos los que debaten son menos, también, los capacitados para corregirnos; menos los que pueden mostrarnos que estamos leyendo mal algún texto o insistiendo en interpretaciones dogmáticas e injustificadas; menos los que pueden hacernos ver nuestros errores lógicos o la carencia de datos relevantes para apoyar las afirmaciones que queremos apoyar.³⁹

Podríamos sostener que el reto contemporáneo es “acoger filosóficamente la Filosofía del Derecho”, lo cual significa pensar y reflexionar críticamente a partir de la tradición –pues qué mejor que las herramientas del análisis filosófico para examinar con criterio la adecuación del andamiaje existente con relación a los precedentes históricos– pero con el panorama, no de la reflexión en sí misma, sino de los problemas del contexto; no sólo sacralizar a Kelsen, a Hart o su polémica con Dworkin sobre la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, o la discusión de este último contra el realismo jurídico sobre la creación judicial del derecho, sino también establecer la reflexión seria y fundamentada allí donde sólo impera y persiste la apropiación atrincherada en lecturas crípticas de culto a libros famosos y frases célebres; perspectiva en la que los autores se conciben como descontextualizados recursos de autoridad, y más que filósofos, tal vez “doxofilósofos”. Este ejercicio permite lograr una efectiva traducción de lenguajes y conciliación de perspectivas, ya que aún pervive algo de esa herencia que recibe los productos filosóficos desde una externalidad impávida que no se atreve a pensarla por sí misma y a partir de los problemas propios del contexto.

Naturalmente, no pretendemos en forma alguna menospreciar la imprescindible tradición filosófica y las obras clásicas, pero sí se debe evidenciar, con Horkheimer, que el impulso de la actividad filosófica “se dirige contra la mera tradición y la resignación en las cuestiones decisivas de la existencia” y “Ha emprendido la ingrata tarea de proyectar la luz de la conciencia sobre aquellas relaciones y modos de reacción humanos

³⁹ GARGARELLA, Roberto, *Crítica del estado del Derecho. Comentario a “Por qué hablar de una ‘teoría impura del Derecho’ para América Latina” de Diego López Medina*. Por publicarse. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

tan arraigados que parecen naturales, invariables y eternos";⁴⁰ resaltando igualmente que el compromiso en cuanto iusfilósofos apunta a profundizar cada vez más en la comprensión crítica de la sociedad, en fructífero diálogo de la tradición con la vida humana.

El jurista en auxilio de la filosofía, y el filósofo del derecho propiamente, deben procurar hacer un "ajuste de cuentas" y, utilizando una expresión de Hegel, "pensar pensamientos" (así sean ajenos), que le sirvan como prótesis para producir pensamientos propios sobre las situaciones a las que se enfrentan las sociedades desde sus propios contextos. Se recalca entonces con este enfoque la relevancia que al interior de la reflexión filosófica tiene la filosofía práctica; sentido en el que puede apuntarse la urgencia por asumir el filosofar en el más genuino sentido hegeliano, es decir, como el propio tiempo llevado a conceptos y, concretamente, en donde el trabajo teórico prima sobre el práctico, ya que si se revoluciona el reino de la representación, la realidad no puede aguantar.⁴¹

Para Hegel, la labor filosófica misma no era otra cosa que el propio tiempo llevado a conceptos, un ejercicio mucho más provechoso que la charla presuntamente especializada y en exceso erudita entre colegas que a menudo los encierra en sus propias complicidades y, por sobre todo, limita considerablemente las posibles virtualidades críticas del saber iusfilosófico, convirtiéndolo muchas veces en un saber de segunda categoría o, como escribe Manuel Atienza, "en una especie de tribunal de apelación, de segunda instancia; cuyas decisiones no vinculan, y ni siquiera son tenidas en cuenta, por los tribunales inferiores".⁴²

Además de los filósofos del derecho propiamente que reivindican lo imperativo de la atención a los problemas del contexto que plantea su disciplina, desde filósofos ("puros") de distintas escuelas se encuentra la misma exhortación. Epicuro señaló que "Contra las enfermedades de la mente la filosofía dispone de remedios; por esta razón se la considera, con toda justeza, la medicina de la mente", mientras que para Aristóteles "a diferencia de otros estudios, el que ahora nos ocupa no tiene una intención puramente teórica; pues el objeto de nuestra investigación no es

⁴⁰ HORKHEIMER, Max, *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974, pp. 272-282.

⁴¹ HEGEL, G., *Carta a Niethammer, El joven Hegel*, Barcelona, Grijalbo, 1976, p. 489.

⁴² Ver su contribución al 1^{er} número de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante.

saber qué es la virtud, sino cómo ser buenos, y éste es el único provecho que sacaremos. Por consiguiente, debemos estudiar la forma correcta de obrar". Para Kant, cuando la teoría no tiene efectos sobre la práctica, el problema parte de insuficiencias internas dentro de la misma teoría. Con Thoreau, "Ser filósofo no consiste en la mera formulación de pensamientos sutiles, ni siquiera en fundar una escuela. Consiste en resolver algunos de los problemas de la vida, no en el ámbito teórico, sino en el práctico". Y de nuevo con Horkheimer, "el desprecio por la teoría es el inicio del cinismo en la práctica", y finalizando en este sentido con Habermas,⁴³ a quien también le resulta ineludible reivindicar la concepción en virtud de la cual

El horror a la especulación, el ostensible abandono de lo teórico por lo meramente práctico produce necesariamente en el obrar la misma banalidad que en el saber. El estudio de una filosofía rigurosamente teórica nos familiariza del modo más inmediato con ideas, y solamente las ideas prestan al obrar impronta y significado moral.

No debe perderse de vista que la tarea original de la Filosofía del Derecho es, además de lo señalado, dar respuestas hoy a los interrogantes que históricamente se le han planteado a la filosofía jurídica: las preguntas sobre la diferencia entre el derecho y la injusticia, sobre las condiciones de una sociedad bien ordenada, sobre la paz duradera, sobre cuál es la medida de la justicia que nos es posible realizar. A la larga, advierte Kaufmann, no podemos tolerar una Filosofía del Derecho que trate casi exclusivamente de problemas formales o que se agote en metateorías. Debe reiterarse que cultivar la Filosofía del Derecho debe significar hoy más que nunca asumir responsabilidades frente al hombre y su mundo.⁴⁴

V

Decíamos que, además del cambio de perspectiva en la enseñanza de la Filosofía del Derecho y de la integración de materias con contenido teórico, debe fortalecerse la transversalización de la Filosofía del Derecho y las asignaturas teóricas en las materias jurídicas básicas. Encuentro

⁴³ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, Madrid, Taurus, 1986.

⁴⁴ KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998.

dos razones para sustentar lo anterior, una positiva y otra negativa, respectivamente: (i) las teorías iusfilosóficas y constitucionales trascienden la –muchas veces incómoda– abstracción propia de la reflexión filosófica, a partir de una creativa problematización de sus tesis centrales al interior de los cursos de Derecho legislado. La segunda razón (ii) es que durante el lustro que duran los estudios de pregrado, los estudiantes deben aprobar demasiados cursos obligatorios como para que se les endilguen nuevas responsabilidades respecto a la aprobación de asignaturas sobre filosofía jurídica y política, por ejemplo. Paso a desarrollarlas.

(i) Para el estudiante resulta más útil y fructífero que los asuntos filosóficos (a nivel jurídico, político y moral) sean abordados también dentro de sus estudios propiamente jurídicos, pues, por ejemplo, el concepto de responsabilidad, a nivel penal y civil, suscita al momento de su aplicación dificultades que muchas veces es sólo la reflexión teórica la que permite sortearlas. La “justiciabilidad” de los derechos de libertad en determinados casos problemáticos, y particularmente de los derechos sociales, ha enderezado profundas discusiones que han sido abordadas por filósofos como Rawls, Habermas, Alexy y Dworkin, sobre las que, si bien se está muy lejos de encontrar un acuerdo teórico unánime, las ideas que han presentado en sustento de sus tesis pueden ser de ayuda esencial en momentos puntuales. Asimismo, en el Derecho Civil resultaría de la mayor importancia el estudio de Savigny o Von Ihering, así como en el Derecho Penal lo sería el análisis del trabajo que Hart escribió en la materia,⁴⁵ y las influyentes escuelas iusteóricas garantista (L. Ferrajoli), finalista (H. Welzel), funcionalista moderada (C. Roxin), funcionalista radical (G. Jakobs) y causalista (F. V. Liszt).

Para acudir a otros ejemplos posibles, los cursos de Derecho Constitucional propician el desarrollo de un espacio especialmente productivo y estimulante para que el estudiante analice las perspectivas históricas y políticas sobre las teorías contemporáneas de la justicia y las concepciones de la democracia, así como los recientes (y complejos) progresos teóricos en torno a los derechos fundamentales: su estructura de principios en la Constitución y su aplicación mediante la ponderación, así como el discutido carácter racional de este criterio metodológico para la

⁴⁵ HART, Herbert L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

solución de los conflictos entre las provisiones que consagran los derechos fundamentales (considerando que no son absolutos) cuando se enfrenten en un caso concreto.

Precisamente son de profundo contenido teórico los factores que deben considerarse en una ponderación, la cual le exige al juez, en cada caso concreto donde se enfrentan dos derechos fundamentales, que encuentre las razones jurídicas y los argumentos, también de tipo social, cultural y político, que sustenten y justifiquen, tanto la adopción y respaldo a un derecho fundamental determinado, como la proporcionalidad (y, de esta forma, la permisión constitucional) de la violación del otro derecho fundamental en discusión.⁴⁶ Igual contenido teórico tienen los diversos roles que se le otorguen, en la labor interpretativa, a las ideas de libertad, igualdad y justicia social, las cuales han ocupado a filósofos morales y políticos desde hace siglos.

Las discusiones que suscitan los cambios que ha traído consigo el neoconstitucionalismo, ineludiblemente tienen que atraer la atención del profesor hacia filósofos del derecho, o teóricos de amplia circulación transnacional y marcado interés en los países de habla hispana,⁴⁷ pero

⁴⁶ Como sucede, por ejemplo, en el caso de la violación del derecho a la libertad de cultos frente al derecho a la vida de un niño cuyos padres, alegando creencias religiosas, impiden que se le realice una transfusión de sangre. Ver ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Sobre el derecho a la libertad de prensa a este respecto, consúltese UPRIMNY, Rodrigo y Catalina BOTERO, *Libertad de prensa y derechos fundamentales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-DeJuSticia, 2006. Para una de las más interesantes y decantadas (si no la más) discusiones sobre la ponderación, así como otras tesis del neoconstitucionalismo -particularmente la interpretación extensiva de la Constitución y el carácter garantizado de ésta- véase el enfrentamiento entre Luis Prieto Sanchís y Juan Antonio García, en el cual interviene sugestivamente Carlos Bernal, incluido como tercer capítulo de: CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁴⁷ De ahí el hecho de que obras escritas en inglés y alemán sean traducidas al castellano de manera expedita y citadas en trabajos académicos y sentencias de altas Cortes. Por ejemplo HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (vers. orig. de 1961, trad. de Genaro Carrió); "Postscriptum", en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997 (vers. orig. de 1994, trad. de Magdalena Holguín); DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007 (vers. orig. de 2006, trad. de Marisa Iglesias e Iñigo Ortiz); ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993 (vers. orig. de 1985, trad. de Ernesto

también de autores bien conocidos (vivos y en plena producción) como Rodolfo Arango, Roberto Gargarella, Luis Prieto Sanchís, Miguel Carbonell, Diego López Medina, Carlos Bernal Pulido, Rodolfo Vásquez, Josep Aguiló, Víctor Ferreres y Mauricio García Villegas, entre otros, cuyas preocupaciones académicas recientes han girado en torno a tales cuestiones.

Asimismo, en el Derecho económico se suscitan enconadas discusiones en relación con la problemática conexas al modelo económico y a la cada vez mayor distancia entre ricos y pobres. Los problemas de la justicia social ligados a la planeación y distribución de recursos y al deber de asistencia estatal hacia los pobres y desfavorecidos en términos de la garantía a su mínimo vital, así como los problemas ocasionados por la globalización y el libre mercado, han sido analizados detalladamente por teóricos del derecho como Sunstein⁴⁸ y Arango,⁴⁹ así como por toda la filosofía política contemporánea a partir, fundamentalmente, de Rawls.⁵⁰ Cuestiones tan relevantes al interior del Derecho económico como las re-

Garzón Valdez; hay una segunda trad. con estudio Introductorio, de Carlos Bernal Pulido, 2007); KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, op. cit., 1999 (vers. orig. de 1997, trad. de Luis Villar Borda); ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997 (vers. orig. de 1980, trad. de Magdalena Holguín). Como ejemplos sirven también la gran mayoría de la veintena de títulos publicados por la Serie *Nuevo Pensamiento Jurídico* de la Universidad de los Andes, ya que corresponden a traducciones tempranas de artículos sobre diversas materias.

⁴⁸ SUNSTEIN, Cass, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, 1997.

⁴⁹ ARANGO, Rodolfo, "Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy", en *Ratio Juris*, vol. 16, nro. 2, 2003; "Filosofía política y desarrollo", en *Estudios de filosofía política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad Nacional, 2004; *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

⁵⁰ Podría sintetizarse en una idea fundamental la concepción de la justicia de Rawls para ilustrar este punto: las oportunidades de cada persona para llevar una buena vida están determinadas por circunstancias sobre las que no tiene forma de interferir (su lugar en la estructura política, social y económica, su género y raza), y nadie merece ser recompensado ni castigado de bienes u oportunidades como resultado de las mismas. El criterio de justicia rawlsiano parte de un estándar igualitario de justicia social respecto a los intereses de todos los ciudadanos y no sólo de aquellos con poder económico. De esta forma se tiende a nivelar la posición de los menos favorecidos en la sociedad, garantizándoles el respeto a sus derechos fundamentales y al acceso a oportunidades.

lacionadas con la justicia económica y la pobreza global, han merecido la atención cuidadosa de filósofos como Henry Shue, Onora O'Neill, Amartya Sen y Thomas Pogge,⁵¹ quienes igualmente han propuesto estrategias a nivel jurídico, político y económico para contribuir a una mayor justicia social a partir de un renovado modelo socioeconómico global.

Los cursos jurídicos son un lugar idóneo también para analizar las reformas que se han propuesto para erradicar la pobreza y evitar así las millones de muertes que causa, considerando y valorando, por ejemplo, el régimen jurídico actual de las patentes sobre los nuevos medicamentos,⁵² así como la responsabilidad y los deberes de los países ricos hacia los pobres por las condiciones que padecen.⁵³ Acerca de esto, Pogge ha desarrollado varias investigaciones en torno a la economía farmacéutica y a la justicia en el cuidado de la salud, las cuales involucran, muchas veces de forma dramática, el dolor de la vida humana con el interés investigativo y comercial, pues con el ánimo de enriquecerse aprovechando el poder que otorga la innovación farmacéutica, los medicamentos esenciales son inasequibles al punto de que ocasionan que una de cada tres muertes prematuras en el mundo lo sea por causas relacionadas

⁵¹ SHUE, Henry, *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1980; "Solidarity among Strangers and the Right to Food", en *World Hunger and Morality*, Prentice Hall, 1996; O'NEILL, Onora, "Transnational Justice", en *Political Theory Today*, Oxford, Basic Blackwell, 1991; SEN, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Serie de Estudios de Filosofía y Derecho, nro. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; *et al.* (eds.), *Public Health, Ethics, and Equity*, Oxford, Clarendon Press, 2004; POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005; *Haciendo justicia a la humanidad* (próximo a publicarse).

⁵² Tal régimen es gravemente injusto, por lo que debe modificarse de manera tal que, propone Pogge, el desarrollo de cualquier nueva droga esencial sea recompensado a partir, no del monopolio por la producción de las medicinas, sino en proporción a su impacto sobre el conjunto global de las enfermedades. Tal reforma desplomaría el alto costo de los medicamentos y los aproximaría a sus costos de producción, estimularía igualmente la investigación farmacéutica en el campo de las enfermedades que se concentran entre los pobres, las cuales actualmente no reciben la misma atención que otras investigaciones. Para Pogge, las reformas institucionales deben articularse con reformas globales a los sistemas de salud, las cuales harían el conocimiento médico disponible de manera gratuita como un bien público global.

⁵³ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, op. cit.; POGGE, Thomas y Christian BARRY (eds.), *Global Institutions and Responsibilities: Achieving Global Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 2005.

con la pobreza.⁵⁴ Resulta al respecto alarmante saber que es mayor la inversión en las investigaciones para prevenir la caída del cabello que en aquellas para curar las enfermedades que ocasionan la mayoría de las muertes en los países del Tercer Mundo.

(ii) De otra parte, los profesores, teniendo en cuenta lo atestados que actualmente están los planes de estudio (en muchas universidades los estudiantes deben aprobar entre 9 y 12 materias semestralmente), podrían argumentar en contra de la demanda por incrementar el número de cursos introductorios y avanzados en filosofía jurídica y política, con poco riesgo de desacierto, que ya hay más que suficientes cursos para estudiarse en los cinco años del pregrado. Por esta razón, el estudiante interesado por buscar espacios de interdisciplinariedad, sólo se sentirá capaz de aprovechar nuevos cursos sobre filosofía a riesgo de reprobación o tener que aplazar alguna otra de las materias de la formación básica jurídica que debe cursar como prerrequisitos que le permitirán avanzar hacia la licenciatura.

El fortalecimiento de la integración de la Filosofía del Derecho en las materias jurídicas básicas resulta entonces una forma más apropiada para que el estudiante de Derecho (no de filosofía) le encuentre valiosos entronques empíricos a las teorías y a las ideas de autores canónicos, pues de la otra forma (aislada exclusivamente como otra de las materias de Derecho no legislado que debe aprobar para graduarse), la Filosofía del Derecho, y en particular las teorías de los autores más notables, no le resultará necesario ni importante invocarla en la solución de un problema jurídico concreto; tampoco contará con herramientas para valorar en su real dimensión las destrezas que mediante el estudio de las teorías jurídicas y políticas desarrolla en su aprendizaje general.

La necesidad de integración, que Alexy denomina “vinculación con una especialidad dogmática”,⁵⁵ permite que las cuestiones filosóficas y políticas sean consideradas en las aulas, tanto en sus propios entornos abstractos, como también en contextos reales y ciertos. Tales estudios teóricos dentro de los temas y problemas jurídicos concretos desarrollan

⁵⁴ POGGE, Thomas, “Human Rights and Global Health: A Research Program”, en *Metaphilosophy*, vol. 36, nros. 1-2, 2005; “Harnessing the Power of Pharmaceutical Innovation”, en *The Power of Pills: Social, Ethical and Legal Issues in Drug Development, Marketing, and Pricing*, London, Pluto Press, 2006.

⁵⁵ “Manuel Atienza entrevista a Robert Alexy”, op. cit., p. 681.

en el estudiante, bien entre otras, sensibilidades y habilidades que no puede adquirir (por circunstancias de tiempo y diseño curricular) si se reservan ciertos asuntos a la cátedra de Filosofía del Derecho aduciendo que han sido preocupaciones exclusivas de los filósofos del derecho.

De manera un tanto controversial Dworkin afirma al respecto, no sólo que el estudio de la filosofía política⁵⁶ y moral debe incluirse, o fortalecerse, en los planes de estudio, sino que las facultades de Derecho son incluso un lugar más apropiado para realizar tales estudios que cualquier otra facultad en las universidades, incluyendo las de filosofía.⁵⁷ La razón para fundamentarlo es que en los contextos jurídicos se comprenden particularmente bien las verdaderas implicaciones de diferentes principios morales y políticos.

Así, la asignatura propiamente de Filosofía del Derecho no estará sobrecargada con todos los asuntos teóricos que se dejan de estudiar en las materias de Derecho legislado, y podrá mantenerse como una oportunidad para profundizar ciertos temas y problemas, y para ahondar en algún segmento de la ya absolutamente inabarcable literatura iusfilosófica, lo cual debe engendrar y estimular un mutuo provecho entre los profesores abogados y los profesores filósofos.

Pero cuando nos referimos en este ensayo a estudios teóricos o a textos propios de la iusfilosofía, no nos estamos concentrando “exclusivamente” en ellos. Martha Nussbaum ha indicado persuasivamente la necesidad de que los abogados se familiaricen con la lectura de literatura novelesca en la medida en que desarrolla en quien debe aplicar el derecho la capacidad de conmiseración tan importante en el proceso –muchas veces dramático– de decidir de manera justa.⁵⁸ El polémico pero sugestivo

⁵⁶ Sobre la importancia de la filosofía política al interior del estudio y la interpretación jurídicas, resulta un tanto sorprendente que Dworkin sostenga que “la teoría jurídica es un compartimiento que hace parte de la filosofía política”. DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, op. cit., p. 204. La teoría filosófico-política de Dworkin, enmarcada de manera explícita en la tradición liberal, ciertamente no ha recibido toda la atención que ha merecido su teoría jurídica, sobre lo que puede consultarse el estudio de SANTOS, María Lourdes, *Liberalismo e igualdad: una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, op. cit. Énfasis añadido.

⁵⁸ NUSSBAUM, Martha, *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.

modelo de enseñanza del derecho que propone, sustenta la prevalencia de la literatura y la filosofía sobre la lógica. En los jueces, particularmente, resulta esencial el sentimiento de conmiseración que, si no lo traen arraigado desde la formación familiar, difícilmente lo van a desarrollar gracias a la formación adquirida en las aulas formalistas o conforme a otros modelos dominantes como el análisis económico del Derecho. De la objeción que Nussbaum endereza a la perspectiva de la justicia de esta escuela, representada como se sabe por Richard Posner, se deriva también una crítica al modelo de enseñanza en la medida en que un esquema pedagógico dominado por una racionalidad instrumental y por criterios de eficacia como valores dominantes,⁵⁹ deja de lado elementos esenciales en el proceso de toma de decisiones prácticas.

Robin West, reconocida defensora de una teoría feminista moderada del derecho,⁶⁰ coincide en señalar esta necesidad de ilustración literaria por parte de los juristas. En sus palabras, “La literatura nos ayuda a comprender a los demás, a compadecernos de su dolor, a compartir su pena y su alegría. Nos permite actuar con ética y ser mejores personas”.⁶¹

VI

Muy a pesar de la preeminencia cultural que en Occidente tiene cualquier cosa que tenga la palabra “filosofía”, la influencia de la Filosofía del Derecho será cada vez más marginal si no se asume en fructífero diálogo con el derecho dogmático y con las otras materias de índole práctica que no por ello pueden estar desprovistas de reflexión y crítica.

Pero hay que decir con justicia que si bien el estado actual de la enseñanza del derecho (y fundamentalmente la orientación de la filosofía jurídica) no es muy alentador, el panorama general tampoco es del todo desolador. Las facultades que habían estado tradicionalmente relegadas a los procesos de cambio y renovación liderados por elites jurídicas y

⁵⁹ NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.

⁶⁰ “Moderada” en contraste con la de Catharine McKinnon, por ejemplo, en su *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995. De WEST puede consultarse su libro, *Género y teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000.

⁶¹ WEST, Robin, “Economic Man and Literary Woman: One Contrast”, en *Mercer. L. Rev.*, nro. 39, 1988, p. 878.

centros de producción capitalinos, están en un proceso paulatino pero firme de fortalecimiento de sus procesos académicos. Empiezan a contar entre su cuerpo docente con filósofos profesionales o abogados con posgrados en filosofía y en áreas teóricas como la sociología y el constitucionalismo, e igualmente han renovado sus planes curriculares complementándolos con nuevas materias,⁶² o integrando –mucho más de lo que solían estar– los cursos estrictamente jurídicos con algunas de las principales teorías en el ámbito de la filosofía política y jurídica.

Progresivamente se deshace dentro de la mentalidad tradicional la excesiva confianza en la ley y en el rol eminentemente mecánico de la aplicación del derecho, para darle paso a una sensibilidad que reconoce, con cada vez mayor fortaleza, la crisis del sacrosanto principio de legalidad en pro de la supremacía constitucional en la efectiva garantía de justicia material en las decisiones judiciales. Se ha reservado un espacio importante para que los estudiantes, conforme a sus particulares gustos e inclinaciones, escojan con libertad entre cualquier materia ofrecida en los demás programas académicos de la universidad; es permanente la exigencia a los profesores para que se integren en los proyectos de investigación, así como para que presenten sus ensayos ante las (también nacientes) publicaciones especializadas donde, en la mayoría de los casos, se ha asumido con rigurosidad la tarea de difundir los trabajos académicos en el cada vez más competitivo mercado de las revistas científicas.⁶³ En Colombia esto se revela en el hecho de que es cada vez mayor el número de revistas jurídicas sometidas a los estándares de calidad científica y editorial establecidos por el sistema de indexación ante Colciencias.

Si bien con una calidad bastante desigual, efectivamente se va asistiendo a una paulatina implementación, tanto de materias interdisciplinarias, como de los contenidos que fortalecen la comprensión interdisciplinaria

⁶² Tales como, por ejemplo, sociología jurídica, hermenéutica constitucional, epistemología de las ciencias sociales, filosofía política, metodología de la investigación, lógica jurídica o (preferiblemente) teoría de la argumentación jurídica, así como con sus principales antecedentes: la tópica jurídica de Viehweg, la neo-retórica de Perelman y la hermenéutica de Gadamer.

⁶³ Un amplio reporte de las principales revistas jurídicas colombianas se encuentra en los últimos números de la Revista *Dikaion*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, Bogotá.

de las materias de Derecho codificado. Materias nuevas o renovadas concebidas como ejes estructurales al derecho sustantivo y práctico, tienen como premisa de acción un sistema educativo que se ocupa, más que de la “información” de leyes y procedimientos, de la “formación” en habilidades con un alto sentido ético, y que no sucumbe ante una educación absorta y enfrascada en el repaso de información jurídica.

A los reaccionarios profesores y doctrinantes inconformes con propuestas de renovación pedagógica, pero a la vez incapaces de elaborar modelos alternativos de enseñanza –inclusive respecto a sus propias cátedras–, debe insistírseles en que no resultan excluyentes las diversas iniciativas y exhortaciones que surgen directa o indirectamente desde todos los niveles que comporta el neoconstitucionalismo, y puntualmente la constitucionalización del sistema jurídico (o la irradiación constitucional, como la ha denominado Alexy), en procura de modificar la enseñanza tradicional o “clásica” del derecho para que responda a las necesidades contemporáneas de la práctica jurídica. Mucho tendrían para aprender los unos y los otros (los profesores antiguos y los nuevos) si se entabla y afianza un diálogo que esté librado de las rencillas disciplinares –producto muchas veces de la distancia generacional– y en el cual se comprenda que “lo que llega” resulta complementario de “lo que hay”. De este mutuo aprendizaje resultaría beneficiada la enseñanza del derecho como tal y, en últimas, los estudiantes de Derecho que se formarán desde el conocimiento de las normas y los procedimientos para aplicarlas, hacia el desarrollo de habilidades y destrezas esenciales para la consecución de los altos cometidos de la práctica jurídica y, en general, de la sociedad cuyo medio de evolución se enmarca precisamente en las normas jurídicas.

La situación actual de la Filosofía del Derecho podría estar mejor. Aunque, sin incurrir en generalizaciones absurdas, es bastante extendido el acuerdo (entre profesores y directivos, pero también se escucha algo al respecto entre litigantes, jueces y magistrados) en torno a la necesidad de que la enseñanza tradicional del derecho se modifique mediante la articulación con mayor poder (Dworkin dice “sofisticación”) en el diseño curricular general, fortaleciendo así en el estudiante las destrezas que adquiere, tanto del estudio riguroso y sistemático de la Filosofía del Derecho propiamente, como del abordaje filosófico de la problemática

jurídica que tradicionalmente sólo es analizada dentro de los estrechos marcos de los códigos y las leyes.

Las destrezas que el estudiante está en capacidad de desarrollar mediante el estudio integrado de la Filosofía del Derecho no son, como pudiera pensarse en un primer momento, teóricas, sino, por el contrario, prácticas, pues cuestiones como las observadas a las que muchos filósofos les dedicaron sus vidas, no raramente se presentan en la médula de la problemática jurídica más práctica y mundana.

La Filosofía del Derecho tiene que acercarse a la vida concreta del Derecho si quiere vencer la batalla contra la indiferencia de los estudiantes que, paradójicamente, se enfrentan muchas veces con un escenario de profunda aridez intelectual por cuenta de los profesores (iusfilosofastros), que se muestran tradicionalmente hostiles a la integración de la reflexión teórica sobre el Derecho en los diversos aspectos de la práctica jurídica, que admiten, y requieren, un grado de abstracción para su correcta valoración y resolución.

VII

Respecto a este último punto, concluyo con la justificación de la expresión con la cual he intitulado este ensayo.

En Gordion, actual península de Anatolia, existió siglos atrás un campesino que tenía atados sus bueyes al yugo con unas cuerdas anudadas de modo imposible de desatar. Según narraba la leyenda, quien consiguiera desatar el nudo conquistaría el Oriente. En el año 333 a. C. Alejandro Magno, cortando violentamente con su espada el nudo, desató las cuerdas y efectivamente se convirtió en el conquistador de Oriente. La tormenta con rayos que azotó esa noche el lugar simbolizaba, según Alejandro, que Zeus estaba de acuerdo con la solución, por lo que se cuenta que expresó: “Es lo mismo cortarlo que desatarlo”.

Por alusión a esta historia se recurre a tal expresión para referirse a una cuestión de tan difícil solución o desenlace que no se puede resolver pretendiendo deshacerla, sino que es preciso romperla, es decir, se tiene que solucionar acudiendo a medios, digamos, drásticos y eficaces. Metafóricamente hablando: cortando el nudo es como se logra

desenredar un sempiterno problema y, de esta forma, considerar las mejores posibilidades para solucionarlo.

Aplicado aquí a la difícil cuestión de la pedagogía jurídica, encontramos numerosos nudos gordianos que a lo largo del tiempo han unido métodos, concepciones y prioridades de enseñanza, así como estrategias pedagógicas, que se han enquistado y complejizado de tal forma que no permiten el desarrollo de la profesión a partir del influjo de discursos alternos y de las nuevas tendencias pedagógicas transnacionales, así como de las propias exigencias que surgen a partir de un mundo en permanente y acelerada evolución. En períodos y contextos diversos tales nudos se han atado y tensionado en diferentes medios universitarios de muchas latitudes cuya solución no es que requiera el recurso a espadas –a métodos violentos– pero sí exhorta a la toma de medidas expeditas y eficaces (o “revolucionarias” en sentido kuhniiano) a pesar de las presiones y reservas que deben enfrentar los cambios por parte de iusfilosofastros y burócratas que, “como los bueyes del campesino”, mantienen tensionados los nudos de modo imposible de desatar.

La actividad iusfilosófica es autorreflexión sobre el propio conocimiento del derecho y de todo el fenómeno de lo jurídico, partiendo del conocimiento de la dogmática y el Derecho sustantivo. El diálogo y el sano debate de las ideas que propicia la Filosofía del Derecho en las aulas debe ser el valor fundamental en la didáctica jurídica contemporánea y es uno de los mejores antidotos contra los dogmatismos autoritarios y el eclecticismo entorpecedor que no permite la evolución del Derecho en las facultades, las cuales deben comprometerse con el fortalecimiento del debate público y democrático en los salones y entre los profesores, abrirse cada vez más hacia posiciones dialógicas, hacia los problemas de la interpretación, la fundamentación teórica y el desarrollo de destrezas jurídicas como las otorgadas por la labor iusfilosófica.

La preeminencia del derecho como la herramienta de resolución de los conflictos en la sociedad contemporánea, sólo podrá reclamarse si se instituye adecuadamente el debate crítico en la enseñanza del derecho por medio de una Filosofía del Derecho renovada y, en general, del fortalecimiento y la renovación de las materias que están llamadas a desempeñar un rol trascendental dentro de los mecanismos eficaces que permitan articular el diálogo fructífero del derecho con las demás dis-

ciplinas, superando así el monólogo dogmático que caracteriza la enseñanza del Derecho en muchas “academias” jurídicas.

La Filosofía del Derecho debe fortalecerse ella misma como disciplina académica al, por ejemplo, actualizar los debates y abordarlos con rigor teórico y analítico, pero fundamentalmente debe integrarse de manera transversal en las materias de Derecho dogmático, pues desafortunadamente la Filosofía del Derecho cada vez tiende a ser más débil de la mano de la profesionalización y el desmedido enfoque en la técnica legal; pero justamente aquí –por la marcada influencia del formalismo y la exégesis en la enseñanza– es donde su integración en los programas es un ingrediente muy importante e ineludible, pues le proporcionan al estudiante una dosis fundamental de rigurosidad, capacidad de estudio y lectura, elaboración de provisionales síntesis interpretativas, y, en general, el desarrollo de competencias que no adquiere sólo estudiando el Derecho positivo, por cuya exclusividad en la enseñanza se termina con una perspectiva reducida sobre la capacidad del derecho para resolver los grandes problemas nacionales. Como puso de presente Carlos Gaviria en una conferencia en la Universidad de Caldas (Manizales, Col.): “En las facultades hay que enseñar también que el Derecho no sirve únicamente para que se diriman litigios menores, sino que el Derecho es un instrumento esencial para la solución de conflictos mayores, como el que vive Colombia actualmente”.

Con su rigor de análisis y su conocimiento de la tradición, la Filosofía del Derecho debe hacer oír su voz participando en el debate contemporáneo, mediante el cuestionamiento y entendimiento de las ideas y de los conceptos más comunes que con frecuencia utilizamos en el discurso jurídico de manera deliberada o irreflexiva, deteniéndose sobre las respuestas obtenidas y reevaluándolas, depurando los argumentos y precisando los términos para que se logren el entendimiento y la claridad dialécticas.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto, “La plenitud del orden jurídico y la interpretación”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nro. 21, México D. F., ITAM, octubre de 2004.

- BÖHMER, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- BONILLA, Daniel, "Las clínicas de derecho de interés público", ponencia inédita presentada en el Seminario Internacional *Nuevas tendencias en la enseñanza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 25 de enero de 2005.
- BOURDIEU, Pierre y Günther TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000.
- CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, Madrid, Trotta, 2001.
- CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2006.
- COOPER, Byron, "The Integration of Theory, Doctrine, and Practice in Legal Education", en *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, nro. 1, 2001.
- COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Mass., Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- "Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?". Conferencia *New York Council for the Humanities*, 11 de octubre de 2000. Vers. cast. de Leonardo GARCÍA J., "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en *Estudios de Derecho*, nro. 144, Año LXIV, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, julio-diciembre de 2007.
- EWALD, William, "Comparative Jurisprudence (I) What was it like to try a rat?", en *Pennsylvania Law Review*, nro. 143, 1994.
- FARELL, Martín D., "¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?", en *Doxa*, nro. 21, Alicante, 1998.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2002.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Algunas consideraciones sobre la Filosofía del Derecho y su posible sentido actual", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1990.
- HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of the Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 71, nro. 4, 1958.
- *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994.

UN NUDO GORDIANO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998.
- KENNEDY, Duncan, “Legal Education as Training for Hierarchy”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, Basic Books, 1998.
- “The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum”, en *Seton Hall Law Review*, nro. 14, 1983.
- LAPORTA, Francisco (comp.), *La enseñanza del derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2002.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- LYON LEVINE, Martin (ed.), *Legal Education*, Aldershot, Dartmouth, 1993.
- MONTOYA, Juny, *Historical Debates in U. S. Legal Education*, Serie Documentos de Investigación, nro. 13, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2004.
- NORTHROP, Filmer S. C., *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the method of normative subjects*, Boston, Little Brown, 1959.
- NUSSBAUM, Martha, *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- VV. AA., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, SELA, 2003.
- WEST, Robin, “Economic Man and Literary Woman: One Contrast”, en *Mercer. L. Rev.*, nro. 39, 1988.
- WITKER, Jorge (comp.), *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del Derecho*, México D. F., Porrúa, 1987.
- *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, 1995.

El nexo entre el derecho y la moral: reflexiones sobre Dworkin*

DAVID LYONS**

En el pasado, las discusiones parecían estar restringidas a la dicotomía –aunque nunca se lo haya planteado en tales términos– entre el derecho natural y el positivismo jurídico. La interpretación común apunta a la idea de un “nexo necesario” entre el derecho y la moral. Frecuentemente, se interpretó que el Positivismo Jurídico sostiene, a la vez que el derecho natural niega, la posibilidad de que existan leyes injustas.

Queda claro quién vence en tal discusión. Pero el Positivismo Jurídico parecería ganar demasiado fácilmente. Y el representante oficial de la tradición del Derecho natural aceptó que puede haber leyes injustas.

Trabajos recientes de teoría del Derecho –en particular los de Ronald Dworkin– han otorgado una forma ingeniosa a la idea de “nexo necesario” entre el derecho y la moral. Dworkin, entre otros, sugirió la postura que se expone a continuación (aunque ésta puede divergir de sus posiciones más recientes). El imperio de la ley requiere que exista imparcialidad –en el sentido de dar igual trato al mismo tipo de casos, ser equitativo, o coherente con los actos anteriores–. Pero esto requiere interpretación. Los tribunales necesitan interpretar qué ha ocurrido anteriormente –el Derecho con el que contamos– de modo tal de poder aplicarlo.

* Publicado originalmente como LYONS, David, “The Connection Between Law and Morality: Comments on Dworkin”, en *Journal Legal Education*, 1986, p. 485. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por María Natalia Rezzonico, Traductora Pública, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

** Profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad Cornell. Los presentes comentarios fueron desarrollados en el “AALS Workshop on Jurisprudence and Legal Philosophy and Their Application to the Basic Curriculum”, que tuvo lugar del 20 al 22 de marzo de 1986, en Filadelfia. Han sido ligeramente editados para su publicación. El lector debería tener en cuenta que el presente no posee ciertas de las características que habitualmente se esperarían encontrar en un artículo formal.

Ocurre que la interpretación no es esencialmente neutral. Se la trae a colación en pos de tomar decisiones justificadas, por lo que se necesita una interpretación que justifique qué derecho tenemos. De hecho, busca comprender lo que tenemos desde la mejor perspectiva posible.

Dworkin propone otra idea: qué es el derecho puede entenderse mejor mediante la interpretación misma, estableciendo cómo los jueces deberían decidir los casos.

Si combinamos estas dos ideas, obtenemos el concepto de un “nexo necesario” entre el Derecho y la Moral. Qué es el derecho puede comprenderse mejor mediante la interpretación del derecho existente, y la interpretación sensata –es decir, fiel al imperio de la ley– mira al derecho que tenemos desde la mejor perspectiva posible, y en particular, en términos de su mejor justificación.

Esto nos plantea dos interrogantes. En primer lugar, ¿es correcto suponer que las decisiones oficiales pasadas (entre ellas las judiciales, legislativas y constitucionales) deberían ser comprendidas en términos de la mejor interpretación que se les pueda dar, o desde la mejor perspectiva posible? En segundo lugar, ¿es verdad que el derecho se entiende mejor como fundamentalmente una cuestión de decisiones que los jueces (y tal vez otros funcionarios) deberían tomar sobre esa base?

Tengo dos comentarios. Primero, parece correcto sostener que las decisiones judiciales y de otros funcionarios deberían basarse en la mejor interpretación de qué derecho tenemos. Si pretendemos que las decisiones sean justificadas, y del mejor modo posible –al mismo tiempo que tan fieles al imperio de la ley como sea posible– entonces pretendemos que los funcionarios miren el derecho sobre el que basan sus decisiones desde la mejor perspectiva posible. Segundo, la mejor justificación para el derecho de una jurisdicción en particular puede ser muy pobre. Puede incluso no ser correcto justificar lo que ha venido ocurriendo con anterioridad. Todo el derecho puede estar moralmente quebrado. Esto no es una mera posibilidad abstracta; podemos encontrar ejemplos de tales derechos en el pasado más reciente, y probablemente en la actualidad.

Tampoco estos asuntos son meramente teóricos; son profundamente prácticos, dado que conciernen a qué constituye la fidelidad al derecho y a cómo los jueces deberían decidir los casos. La relevancia práctica

de la teoría jurisprudencial es una de las lecciones que creo que Dworkin nos ha intentado enseñar.

El resultado es que el derecho puede ser tan malo que de la imparcialidad no puede derivarse la necesidad de mantener la coherencia con los actos anteriores. Eso puede ser necesario en ciertas circunstancias, pero no puede ser aprobado en lo más mínimo en todas las circunstancias.

Los funcionarios pueden verse enfrentados cotidianamente con conflictos morales. Pueden tener una opción que equivalga a un significativo conflicto de deberes. Cualquier fuerza que exista, relativa al deber de fidelidad al derecho, puede enfrentarse con el deber de no convertirse en un instrumento de injusticia.

Algunas veces, sin embargo, el sistema dentro del cual los funcionarios trabajan no contiene meramente injusticias significativas sino que está, tal como sugerí, moralmente quebrado. En tales casos, cualquier deber de fidelidad al derecho debe desaparecer por completo. El imperio de la ley no tiene ningún valor en estos casos.

Por lo tanto, en respuesta a la pregunta de si el derecho se comprende mejor en términos de las decisiones que los funcionarios se ven legalmente obligados a adoptar, podemos decir que si es así, lo será solamente en un sentido compatible con los puntos que acabo de mencionar.

Esto significa que debemos tomar con pinzas la nueva versión de “nexo necesario” entre el Derecho y la Moral. Si miramos al derecho desde la mejor perspectiva posible, podemos ver algo que es, a fin de cuentas, injustificable. El “nexo necesario” entre el Derecho y la Moral es, en el mejor de los casos, una cuestión de aspiración o promesa –o, tal vez, pretensión– antes que un logro garantizado. Por lo tanto, las ideas sobre interpretación y su relevancia respecto de qué es el derecho que presentaron Dworkin y otros no deberían llevarnos a asumir que el derecho siempre amerita ser respetado aunque sea en una ínfima medida.

El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho*

CLIFFORD L. PANNAM**

El profesor H. L. A. Hart fue nombrado catedrático de Filosofía del Derecho por la Universidad de Oxford en 1952. Hasta ese momento, muy pocos académicos fuera de Inglaterra habían oído hablar de él. Esto se debió a que contaba con pocas publicaciones. Es más, antes de su designación había publicado solamente dos trabajos, ambos en revistas filosóficas.¹ Sin embargo, si bien no llegó a la cátedra con un cúmulo de artículos y libros, ciertamente trajo consigo una rica formación en los clásicos, el derecho y la filosofía. Como estudiante universitario en Oxford obtuvo el codiciado premio al mejor de su promoción. Luego, tras ser admitido en el Colegio de Abogados, ejerció la profesión ante la *Court of Chancery* hasta el estallido de la guerra nueve años más tarde. Después de pasar la guerra trabajando en el Ministerio de Defensa, regresó a Oxford como catedrático. Allí protagonizó algunos avances relevantes para la filosofía británica contemporánea que consideraremos a continuación.

Desde 1952, la pluma del profesor Hart produjo numerosos artículos y libros que inyectaron un renovado vigor a la Filosofía analítica del

* Publicado originalmente como "Professor Hart and the Analytical Jurisprudence", en *Journal of Legal Education*, vol. 16, nro. 4, pp. 379-404. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Diego Martín Papayannis, docente de la Universidad de Buenos Aires y profesor visitante de la Universidad de Girona, y Lorena Ramírez Ludeña, investigadora de la Universidad Pompeu Fabra.

** Profesor de Derecho, Universidad de Melbourne.

¹ HART, "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceeding of the Aristotelian Society*, nro. 171, 1948-51, 1948-1949; "A Logician's Fairy Tale", en *Philosophical Rev.*, nro. 60, 1951, p. 198. También editó la publicación póstuma de JOSEPH, H. W. B., *Knowledge and the Good In Platón's Republic*, 1948.

Derecho británica.² Se reactivó una disciplina que casi se había convertido en una actividad subversiva y se le dotó de nuevas tareas que cumplir. El positivismo jurídico, severamente dañado por los ataques que había recibido durante los cuarenta años precedentes, encontró un acérrimo y persuasivo defensor. No parece exagerado afirmar que el profesor Hart ha revolucionado la Filosofía del Derecho británica con sus trabajos en los últimos diez años. Como todos los revolucionarios, fue profusamente elogiado y duramente criticado. Si bien se esforzó por que su trabajo fuese valorado, muchos lo consideran trivial. Para algunos, se trata del "último gran exponente de la Filosofía analítica del Derecho",³ mientras que otros lo acusan de practicar "una política conservadora bajo la apariencia de Filosofía analítica del Derecho".⁴ Incluso, un crítico norteamericano llegó a sugerir que Hart "desprecia el uso de la razón en la elección de los fines que el ordenamiento jurídico debería perseguir".⁵

A fin de apreciar el impacto de las contribuciones del profesor Hart a la Filosofía del Derecho y medir su valor, deben considerarse dos cuestiones preliminares. La primera es el estado de la Filosofía analítica del Derecho cuando Hart fue designado catedrático de Oxford en 1952. La segunda es la naturaleza de ciertos desarrollos en la filosofía británica que han influido profundamente en su pensamiento.

I

A su muerte en 1859, John Austin dejó dos ideas fundamentales que posteriormente dominaron el pensamiento jurídico británico. Una fue la creencia apasionada en la necesidad de distinguir el hecho del valor, o el derecho que es del derecho que debe ser. La otra fue la visión acerca de que los juristas debían ocuparse de analizar la naturaleza de los conceptos jurídicos básicos antes que de especular sobre cosas tales como

² Dado que muchos de los artículos de Hart están publicados en diversos lugares, al final de este artículo se adjunta una bibliografía de sus trabajos más importantes.

³ BODENHEIMER, "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness", en *L. Rev.*, nro. 104, U. P. A., 1956, pp. 1080, 1085.

⁴ COHEN, "Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 29, 1955, pp. 215, 235.

⁵ AUERBACH, "On Professor H. L. A. Hart's Definition and Theory in Jurisprudence", en *Journal of Legal Education*, nro. 9, 1956, pp. 39, 48.

los efectos sociales del derecho o sus fines morales últimos. Éstas eran cuestiones valorativas que podían ser dejadas al estudio de la “ciencia de la legislación” (jesta disciplina no exigía ninguna habilidad profesional especial!). Los juristas, sin embargo, eran los únicos capaces de analizar conceptos como derecho, soberano, deber, derecho subjetivo, posesión, dominio, ley, obligación, etcétera. Bentham había definido la teoría del derecho como “el arte de ser metódicamente ignorante de lo que todos saben”; esto ejemplifica lo que Austin estaba sosteniendo.⁶ Todo jurista emplea conceptos jurídicos en su práctica cotidiana y cree que conoce sus significados. Pero, en realidad, no los comprende en absoluto.⁷ La tarea del jurista analítico, según Austin, era arrojar luz sobre su verdadera naturaleza y funcionamiento.

Durante el resto del siglo XIX y principios del XX, la tradición austriana dominó la producción filosófico-jurídica inglesa. Los libros escritos por Markby,⁸ Amos,⁹ Holland,¹⁰ Clark,¹¹ Pollock¹² y Salmond¹³ son ante todo analíticos, por lo que evitan cualquier consideración moral o sociológica. Sus perfiles pueden ser caracterizados por la siguiente afirmación tomada del libro *Jurisprudence*, de Sir John Salmond:¹⁴ “El propósito de la Filosofía analítica del Derecho es analizar los principios jurídicos básicos, sin hacer referencia a sus orígenes históricos, evolución, significación ética o validez”.

⁶ “Los elementos de una ciencia son precisamente las partes más difíciles de explicar de ella misma”.

AUSTIN, John (ed. Hart), *The Province of Jurisprudence Determined*, 1954, p. 61.

⁷ Recuérdese la respuesta de San Agustín a la pregunta “¿Qué es el tiempo?”: “¿Qué es entonces el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; si deseo explicárselo a quien lo pregunta, no lo sé”, en *Confessions of Saint Augustine*, cap. 11.14.7.

⁸ MARKBY, William, *The Elements of Law*, 1871.

⁹ AMOS, Sheldon, *A Systematic View of the Science of Jurisprudence*, 1872; *The Science of Law*, 1874.

¹⁰ HOLLAND, Thomas Erskine, *The Elements of Jurisprudence*, 1880. En este trabajo, Holland dio su famosa definición de Filosofía del Derecho: “...la ciencia formal del Derecho positivo”, íd. en p. 15.

¹¹ CLARK, *Practical Jurisprudence*, 1896.

¹² Por ej., POLLOCK, Frederick, *A First Book of Jurisprudence*, 1896.

¹³ SALMOND, John William, *Jurisprudence*, 1902.

¹⁴ Íd. en p. 5.

Aunque dirigieron sus esfuerzos hacia el análisis formal de los conceptos jurídicos, usualmente se olvida que casi todos ellos advirtieron que una comprensión completa del Derecho como instrumento de control social depende del estudio de muchas otras disciplinas.¹⁵ Probablemente la única excepción fue el libro de Sir Thomas Erskine Holland, que aún no tiene paralelo en cuanto a su prejuicioso y pedante virtuosismo.¹⁶

Con posterioridad a la aparición del libro de Salmond en 1902, los estudios analíticos se detuvieron abruptamente en Inglaterra. Se publicaron muchas ediciones nuevas de los antiguos textos, pero se produjo muy poco trabajo original.¹⁷ Fuera de Inglaterra, el interés por los estudios analíticos resurgió brevemente a partir del trabajo de Hohfeld en los Estados Unidos, pero fue truncado por su temprano fallecimiento. En Europa, los escritos de Hans Kelsen mantuvieron ardiendo los fuegos analíticos, pero las traducciones al inglés fueron inaccesibles por algún tiempo.

Con la publicación de *Law in the Making* (1928), de C. K. Allen, las investigaciones en Filosofía del Derecho dieron un nuevo giro en Inglaterra. Este libro fue el precursor de esas investigaciones comprensivas de teoría jurídica que actualmente se han vuelto tan habituales. Intentan resumir las distintas teorías acerca de la naturaleza del derecho que los hombres han estado pensando desde la época de Homero en adelante. En esta categoría cabe incluir los trabajos de Paton,¹⁸ Stone,¹⁹ Friedman,²⁰ Dias y Hughes²¹ y Lloyd.²² El propósito de estos libros es resumir la

¹⁵ Por ej., "En la universidad, el Derecho debe estudiarse, no simplemente como ha resultado de las exigencias sociales, sino atendiendo a las relaciones generales que existen entre sus diversas partes y con otros sistemas". MARKBY, op. cit., *supra* nota 8, en p. 4. "Es totalmente imposible contemplar el Derecho como un fenómeno social aislado". AMOS, *A Systematic View of the Science of Jurisprudence* cit., p. 18. "Un tratado completo de Filosofía del Derecho abordaría enteramente las tres ramas de la materia, esto es, la analítica, la histórica y la ética". SALMOND, op. cit., *supra* nota 13, en p. 5.

¹⁶ Así, los críticos más hostiles lo citan como un caso típico de la naturaleza árida de los estudios analíticos.

¹⁷ Por ej., actualmente, *Jurisprudence* de Salmond se encuentra en su 11ª edición y *Elements* de Holland pasó por 13 ediciones.

¹⁸ PATON, George W., *A Textbook of Jurisprudence*, 1946.

¹⁹ STONE, Julius, *The Province and Function of Law*, 1946.

²⁰ FRIEDMANN, Wolfgang G., *Legal Theory*, 1947.

²¹ DIAS, Reginald W. M. y Gram B. J. HUGHES, *Jurisprudence*, 1957.

²² LLOYD, Dennis, *An Introduction to Jurisprudence*, 1959.

historia de la teoría jurídica; además, muchos contienen un ataque al valor de los estudios analíticos como tales. *The Province and Function of Law*, de Julius Stone, y varios libros del profesor Wolfgang Friedmann,²³ por ejemplo, critican rotundamente la Filosofía analítica del Derecho por no tener nada que aportar a los grandes cambios económicos y sociales con los que el derecho ha lidiado en el siglo XX.

Con este contexto en mente, podemos dejar que el profesor Hart hable por sí mismo:

Cuando en 1952 fui nombrado Catedrático de Filosofía del Derecho en Oxford me formé la opinión de que las investigaciones analíticas acerca de la naturaleza del Derecho y los conceptos jurídicos habían cesado prematuramente. En parte, esto se debió a la totalmente legítima y beneficiosa distracción de la atención de los juristas hacia los múltiples problemas dados por el hecho de que las normas jurídicas son vagas en cuanto a su alcance, por lo que usualmente fracasan al determinar unívocamente una decisión judicial. El énfasis en este fenómeno había llevado a algunos de ellos (los “escépticos ante las reglas”) a dudar, con mayor o menor exageración, de la posibilidad de describir el sistema jurídico en términos de *reglas*; otros se vieron estimulados a realizar investigaciones, tal vez más fructíferas, sobre los criterios que *deberían* emplear los tribunales para tomar decisiones razonables cuando se enfrentan con lo que, en algún sentido, son “lagunas” del sistema jurídico. Otros incluso habían advertido que el tratamiento racional de los problemas de la zona de penumbra involucra la consideración de los propósitos “subyacentes” en el Derecho e invocaron la terminología tradicional del Derecho Natural –a veces también con algunas de sus tradicionales confusiones– para expresar sus puntos de vista (...) Sin embargo, me parece evidente que las preguntas acerca de aquellos hechos del Derecho que son relativamente estables y certeros, los cuales constituyen el marco conceptual del pensamiento jurídico, aún están abiertas (...) (É)stas quedaron para ser respondidas a partir de una extensa enumeración de conceptos y términos jurídicos, con nuevas herramientas y con una nueva sensibilidad por las distinciones lógicas y lingüísticas.²⁴

²³ FRIEDMANN, Wolfgang G., *Law and Social Change in Contemporary Britain*, 1951; *Law in a Changing Society*, 1959.

²⁴ HART, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, en *L. Rev.*, nro. 105, U. P. A., 1937, pp. 953, 957-58.

Esta nueva sensibilidad por las distinciones lógicas y lingüísticas vendría de la valoración de algunos desarrollos importantes de la filosofía británica. Antes de repasar la naturaleza de esos desarrollos, debe decirse una cosa más sobre la reacción de Hart frente a la tendencia reciente en los trabajos de Filosofía del Derecho británicos. No sólo está convencido de la necesidad de un renovado interés en los estudios analíticos, sino que es extremadamente crítico con las breves enciclopedias de teoría jurídica que se han tornado tan populares. En una reseña del libro *Jurisprudence* (1957), de Reginald W. M. Dias y Graham B. J. Hughes, escribió:

...Luego de la primera circunvalación de los exploradores, ¿son realmente necesarios estos tours guiados alrededor del mundo de la teoría del Derecho en 500 extrañas páginas? (...) ¿No sería mejor realizar viajes más cortos y penetrar más profundamente en un solo territorio?

...¿Qué propósito pueden cumplir estos tabloides (ofrecidos en reemplazo del examen detallado de un buen autor) excepto permitir que el jurista de cuarta categoría se escurra en la tercera categoría escribiendo "breves trabajos" sobre alguno de los tres siguientes...?²⁵

Va de suyo que el trabajo de quien tiene esta visión debe confinarse a pequeñas áreas que son examinadas en gran detalle. Ejemplo de ello es el análisis de 441 páginas del concepto de "causación" jurídica que el profesor Hart, junto con el profesor Honoré, publicó en 1959.²⁶ Como se verá, ésta es una característica de toda su obra.

²⁵ HART, "Dias and Hughes on Jurisprudence", en *J. Soc. Pub. Teach. Law* (New Series), nro. 4, 1958, pp. 143, 147. En el prefacio de *The Concept of Law*, 1961, Herbert L. A. Hart ha criticado la "creencia de que un libro de teoría general del Derecho es, por sobre todo una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros". [N. del T.: Todas las citas correspondientes a *The Concept of Law* son tomadas de la traducción de Genaro Carrió, HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963].

Hart también ha cuestionado el valor de los libros que reproducen breves extractos del trabajo de los grandes teóricos. "¿Cuánto puede aportar una página de Hegel? Si bien la inclusión de ciertos fragmentos puede despertar un genuino interés, ¿acaso la presentación de una extensa y variada colección de citas no incentivaría una vil práctica académica de citar nombres de autores?" HART, "Book Review", en *Law Q. Rev.*, nro. 77, 1961, pp. 123, 124-25.

²⁶ HART, Herbert L. A. y Anthony M. HONORÉ, *Causation in the Law*, 1959.

A finales del siglo XIX, el hegelianismo dominaba la filosofía en Inglaterra.²⁷ Personas como Bradley, Bosaquet y McTaggart se avocaron a descubrir las verdades filosóficas acerca del universo como un todo, acerca de la realidad en su naturaleza última. Su búsqueda era vaga, pero su ambición majestuosa. Buscaban lo absoluto y discutían preguntas tales como ¿qué es el tiempo? Cuando McTaggart respondió esta pregunta declarando que el tiempo era irreal, espantó tanto a un joven filósofo llamado G. E. Moore que comenzó a cuestionar los propios fundamentos del idealismo absoluto, como se denominaba a este hegelianismo inglés. Consideraba esa proposición “perfectamente monstruosa” por alejarse totalmente del sentido común.²⁸

Los estudios de Moore lo convencieron de que los filósofos se habían embarcado en grandes búsquedas para encontrar respuestas a preguntas en apariencia importantes sin considerar la naturaleza exacta de las cuestiones que intentaban responder.²⁹ Su estrategia filosófica consistió en comenzar con una proposición monstruosa que alguien había formulado en respuesta a una pregunta profunda.³⁰ Luego analizaba la pregunta para exponer su verdadera naturaleza y mostrar cómo su forma verbal había confundido a la persona que intentaba responderla. Un ejemplo ilustrará el proceso. Tómense dos expresiones que son gramaticalmente similares, como “continúa hasta Londres” y “continúa hasta el infinito”. Respecto de la primera expresión uno puede preguntarse “¿qué es Londres?”, “¿dónde queda Londres?” o “¿cuán grande es Londres?”. Pero si nos hacemos las mismas preguntas acerca del infinito estamos desti-

²⁷ Para el jurista, las explicaciones más interesantes de la historia de la filosofía británica desde la última parte del siglo XIX son: WARNOCK, Frederick V., *English Philosophy Since*, 1958, p. 1900; URMSON, James O., *Philosophical Analysis; Its Development Between the Two World Wars*, 1956.

²⁸ SCHLIPP (ed.), *The Philosophy of G. E. Moore*, 1957, p. 14.

²⁹ “Me parece que en ética, como en todo estudio filosófico, las dificultades y los desacuerdos que abundan en la historia se deben principalmente a una causa muy simple: intentar responder preguntas sin antes descubrir exactamente qué cuestiones se desea responder”. MOORE, G. E., *Principia Ethica*, 1908, p. 222.

³⁰ Dado que el criterio de monstruosidad se correspondía con el grado en que la proposición desafiaba al sentido común, Moore es usualmente denominado el “Filósofo del sentido común”. Alguien que no es filósofo no debería tomar esto en su sentido más obvio. Para un ejemplo de un poeta que intentó valientemente entender a Moore y fracasó, véase YEATS, W. B. Y T. S. MOORE, *Their Correspondence*, Bridge ed., 1953.

nados a caer en el absurdo. La similitud de la forma gramatical genera una gran tentación, que debe ser resistida si hemos de evitar el error.³¹

Desde esta perspectiva, el hecho de que las similitudes y los contrastes gramaticales puedan ser lógicamente engañosos ha motivado el reciente interés de la filosofía británica por el lenguaje. En los años previos a la Segunda Guerra Mundial, muchos filósofos distinguidos tomaron y desarrollaron la tesis según la cual oraciones gramaticalmente aceptables pueden ser lógicamente insostenibles. El movimiento fue presidido por Ludwig Wittgenstein, un genio excéntrico que vivió la mayor parte de su vida en el límite de la cordura.³² De su pluma provienen estas crípticas palabras: "4.003 La mayoría de las preguntas y proposiciones de los filósofos resultan del hecho de que no comprendemos la lógica de nuestro propio lenguaje.

"4.0031 Toda la filosofía es '¡Crítica del Lenguaje!'"³³

La filosofía se transformó en una especie de disciplina suicida. Se consagró a disolver las preguntas tradicionales en ácido lingüístico antes que a resolverlas. En efecto, en 1932 el profesor Gilbert Ryle afirmó que el principal, si no el único, objeto de la filosofía era "la detección de las fuentes de equívocos recurrentes y de absurdas teorías en los lenguajes naturales".³⁴

Después de 1945, la filosofía analítica cambió de tono.³⁵ Un grupo de filósofos de Oxford comenzó a tener un interés en el lenguaje que

³¹ ¿Recuerda, en *Through the Looking Glass*, cuando el Rey pregunta a Alicia si puede ver a sus exploradores?

"No, a nadie", dijo Alicia.

"¿Cómo me gustaría tener esa vista", remarcó el Rey con tono inquietante". "¡Poder ver a nadie! ¡Y además a esta distancia! ¡Yo con esta luz ya hago demasiado viendo a alguien!"

³² Para un perfil de Von Wright Wittgenstein, WITTGENSTEIN, Ludwig, "A Biographical Sketch", en *Philosophical Rev.*, nro. 64, 1955, p. 527. Como la mayoría de los escritos de Wittgenstein no fueron publicados en vida, es difícil estimar su influencia. Sin embargo, parece haber acuerdo en que era una figura dominante en la filosofía británica.

³³ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, 1922.

³⁴ *Proceedings of the Aristotelian Society*, nro. 12, 1933, pp. 1932-1933.

³⁵ Véase, en general, *Logic and Language*, Flew (ed.), 1952; AYER, Alfred J. et al., *The Revolution in Philosophy*, 1953; WEITZ, "Oxford Philosophy", en *Philosophical Rev.*, nro. 62, 1953, p. 187; MEHTA, "Onward and Upward with the Arts", en *New Yorker*, 1931, p. 59.

iba más allá de la disolución de los problemas filosóficos. Articularon un ataque feroz a la tesis de que las palabras o bien establecían hechos o bien describían emociones. Esta tesis surgió de los escritos de Bertrand Russell y los positivistas lógicos, representados en Inglaterra por el profesor A. J. Ayer.³⁶ El lenguaje, respondió el grupo de Oxford, cumple muchas funciones adicionales. El significado de las palabras no puede determinarse de antemano afirmando que o bien ellas son descriptivas o bien emotivas. Uno debe examinar el rol que juega una palabra en su uso normal. Cuando ello se hace, se revela la gran variedad de roles que desempeña el lenguaje.

Algunos ejemplos tomados de los últimos trabajos del profesor J. L. Austin, que parece haber sido el precursor del grupo de Oxford, ilustrarán este punto. El profesor Austin argumenta que cuando una persona dice “yo sé que es un jilguero” hace mucho más que meramente describir ciertos hechos. La persona, cuando dice “yo sé”, da su palabra, o arriesga su reputación, sobre el hecho de que es un jilguero. Eso diferencia esta frase de otras como “creo” o “supongo”, por ejemplo. Del mismo modo, cuando uno dice “prometo” hacer algo, hace más que describir su estado mental presente. Invita a otro a confiar en su palabra; o, para tomar otro ejemplo, cuando se pronuncia la palabra “acepto” en el curso de una ceremonia matrimonial, tiene lugar la realización de un acto más que la descripción de un hecho. Lo mismo puede decirse de “nombro a este barco Queen Elizabeth”. El profesor Austin denomina “performativo” este uso del lenguaje.³⁷

Este tipo de estudios lleva la filosofía a los límites de la filología. A fin de demostrar la variedad de los usos del lenguaje, el profesor Austin y el grupo de Oxford estaban muy preocupados por los matices semánticos que separaban palabras similares. Por ejemplo, se preguntaban: ¿por qué usamos “deliberadamente” en lugar de “intencionalmente”, “a pro-

³⁶ Los primeros escritos de Russell en este campo eran un intento por descubrir los componentes básicos, o átomos lógicos, del idioma inglés. Estos átomos expondrían hechos y todas las palabras estarían compuestas por ellos. Sobre el “Atomismo Lógico”, como se lo denomina, véase URMSON, James O., *Philosophical Analysis. Its Development Between the Two World Wars*, 1956; AYER, Alfred J., *Language. Truth and Logic*, 1936.

³⁷ Los trabajos más importantes del profesor Austin fueron compilados y publicados póstumamente en AUSTIN, John Langshaw, *Philosophical Papers*, 1961.

pósito”, “a sabiendas” o “voluntariamente”? A la inversa, ¿por qué utilizamos “accidentalmente” en lugar de “por error”, “negligentemente”, “inadvertidamente” o “sin querer”? La razón por la que es importante saberlo, nos dice el profesor Austin, es porque

...nuestro caudal común de palabras encarna todas las distinciones que los hombres han encontrado provechoso trazar, y las conexiones que han encontrado fructífero realizar durante muchas generaciones: éstas muy probablemente sean más numerosas, más sólidas, dado que han resistido al largo test de supervivencia bajo la ley del más fuerte, y más sutiles, al menos en todas las cuestiones prácticas ordinarias y razonables, que cualquiera que usted o yo podamos pensar en nuestros sillones durante una tarde –el método alternativo más favorable–.³⁸

Esta nueva sensibilidad hacia el lenguaje se refleja en varios estudios recientes, no sólo de filosofía general,³⁹ sino también de ética⁴⁰ y ciencia política.⁴¹ El profesor Hart, que ha sido un miembro destacado del grupo de Oxford, también la ha aplicado, como veremos, a la Filosofía analítica del Derecho.

II

La tarea de la Filosofía analítica del Derecho, de acuerdo con el profesor Hart, consiste en proporcionar “...un panorama o mapa más claro de aquellos rasgos de los conceptos jurídicos que los diferencian de los conceptos usuales, relativamente fáciles de comprender, y que exhiba manifiestamente su modo distintivo de operar”.⁴²

Cree que se progresará muy poco en la comprensión del Derecho y del razonamiento jurídico mientras no se llegue a dominar la estructura lógica del lenguaje jurídico. La mayor parte de su trabajo durante los últimos diez años ha versado sobre distintos aspectos de este tema central. Examinaremos cinco de ellos a continuación.

³⁸ Íd. en 130.

³⁹ RYLE, Gilbert, *The Concept of Mind*, 1949.

⁴⁰ NOVELL-SMITH, *Ethics*, 1954.

⁴¹ WELDON, *The Vocabulary of Politics*, 1953. Éste es un libro muy breve y decepcionante.

⁴² HART, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer” cit., pp. 953, 972.

A. LA TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE

Como muchos otros teóricos del derecho del siglo XX, Hart ha enfatizado consistentemente la vaguedad inherente al uso del lenguaje. Para demostrar el punto, suele emplear un ejemplo ilustrativo que consiste en suponer una regla jurídica que prohíbe la entrada de vehículos a un parque público. Sin duda, esto prohíbe el ingreso de un automóvil, pero ¿qué pasa con las bicicletas, los aviones, los automóviles de juguete, las patinetas, las sillas de ruedas eléctricas o los patines? ¿Deben o no ser tratados como “vehículos” a los efectos de la regla?

Las situaciones de hecho no nos esperan claramente etiquetadas, planchadas y dobladas, ni llevan su clasificación jurídica escrita encima para que el juez simplemente la lea. En lugar de ello, al aplicar reglas jurídicas, alguien debe tomar la responsabilidad de decidir, con todas las consecuencias prácticas que ello involucra, si el caso en cuestión está o no cubierto por las palabras.⁴³

Esta incertidumbre de la zona de penumbra es propia de todas las reglas jurídicas y del lenguaje con carácter general. No importa lo claro que parezca el significado de una palabra, de una frase o de una regla, siempre hay un margen de vaguedad que lo rodea.⁴⁴ Uno de los colegas del profesor Hart en Oxford, Friedrich Weismann, ha denominado “textura abierta” a este elemento del lenguaje.⁴⁵ Es el precio que inevitablemente debemos pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación. La ciencia jurídica de este siglo, especialmente en los Estados Unidos, se ha ocupado casi por completo de esta zona de penumbra. Los “realistas” han mostrado los amplios poderes discrecionales que ejercen los jueces al decidir casos que envuelven estas cuestiones. Otros han tratado de formular principios-guía que asistan a los jueces para alcanzar resultados “buenos” o “justos”. Todos ellos han coincidido en que la existencia de tal incertidumbre demuestra la inutilidad de la Filosofía analítica del Derecho. John Austin y sus

⁴³ HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, pp. 593, 607.

⁴⁴ La única excepción está dada por los conceptos minuciosamente definidos que se emplean en la ciencia y en las matemáticas.

⁴⁵ WEISMANN, “Verifiability”, en *Essays in Logic and Language*, Flew (ed.), 1952, p. 117.

seguidores fueron acusados de ignorar estos hechos obvios sobre el lenguaje y de creer que el Derecho era una ciencia autosuficiente en que todas las respuestas fluían lógicamente de premisas preordenadas. Se afirmó que un tratamiento racional de los problemas de la zona de penumbra sólo podría llevarse a cabo a la luz de consideraciones sociales, morales y económicas. La influencia de estos otros factores sobre las decisiones jurídicas se convirtió en el foco de interés. El Derecho era una predicción de cómo un tribunal decidiría los casos, por lo que la Filosofía del Derecho se convirtió en el estudio de los ingredientes de las decisiones judiciales.

Hart ha defendido a Austin frente a este ataque demostrando, con fragmentos extraídos de sus escritos, que era plenamente consciente de la textura abierta del lenguaje.⁴⁶ Su defensa, sin embargo, suena un tanto fuera de tono. Ciertamente, Austin reconoció que, a principios del siglo XIX, en Inglaterra existían amplias áreas de discreción en la administración de justicia.⁴⁷ Pero Austin pensó que éste era un grave defecto y quería reducir el poder de los jueces mediante la legislación. Advirtió que probablemente la naturaleza del lenguaje hacía imposible eliminar completamente la discreción, pero quería reducirla tanto como fuera posible.⁴⁸ Hart, por otro lado, ve en la textura abierta del lenguaje no sólo un hecho de la vida jurídica, sino también un ideal que deberíamos preservar. Hart creía que sería odioso contar con una normativa tan detallada que la cuestión de su aplicación a un caso concreto estuviese siempre predeterminada. Para Austin, era un objetivo inalcanzable:

Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los le-

⁴⁶ HART, op. cit., *supra* nota 43, 1958, pp. 606-15.

⁴⁷ Por ej., "No logro entender cómo cualquiera que haya considerado la cuestión puede suponer que la sociedad habría salido adelante si los jueces no hubieran legislado..." AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* cit., p. 191. Véase también pp. 205, 207, 371.

⁴⁸ Ninguna regulación podría ser completa, pero "puede ser menos incompleta que el derecho hecho por el juez, y (si está bien construida) estar libre de los grandes defectos que he señalado al final". AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*, nro. 2, Campbell, 1885, p. 666.

gisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo, nuestra indeterminación de propósitos.⁴⁹

La regla que prohíbe entrar con vehículos a un parque público servirá para ilustrar el punto de Hart. El lenguaje de la regla ordena que se mantenga la paz y la tranquilidad en los parques al coste de excluir cosas como automóviles, autobuses y motocicletas. Sin embargo, como el objetivo general no ha sido puesto en conjunción con casos no previstos (sillas de ruedas, patinetas, etc.) está indeterminado. Cuando surjan dichos casos, la cuestión sólo puede resolverse llevando a cabo una elección entre los intereses en conflicto. La decisión adoptada precisará el alcance del objetivo inicial y determinará el significado de una palabra a efectos de la regla. Esta aproximación, de acuerdo con Hart, es la única que racionalmente puede adoptarse en un mundo en el que la invención humana y los procesos naturales provocan constantemente tales variantes en lo que nos es familiar. Representa, no obstante, una actitud muy diferente a la de Austin sobre esta cuestión, que no debe ser peor considerada.⁵⁰

Adoptando tal perspectiva, no es sorprendente que, respecto de la disyuntiva entre el “formalismo” y el “escepticismo ante las reglas”, Hart encuentre a la teoría jurídica atrapada entre Escila y Caribdis. El formalismo busca minimizar la necesidad de elección tratando de congelar el significado de las reglas. Se fija en ciertos elementos presentes en el caso claro y rechaza extenderlos, sin importar las consecuencias sociales de tal decisión. Este enfoque, cree Hart, sólo...

asegura un nivel de certeza o predecibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya com-

⁴⁹ HART, *The Concept of Law* cit., p. 125 (en la versión castellana, p. 160).

⁵⁰ La razón por la que Hart defendió enérgicamente a Austin en la *Holmes lecture*, *supra* nota 43, era rebatir un argumento consistente en que el error de Austin, al no reconocer la textura abierta del lenguaje, debilitaba el mérito de su separación estricta entre hecho y valor. Lo que Austin pensaba sobre este fenómeno no se discutió realmente.

posición ignoramos. Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas.⁵¹

El escepticismo ante las reglas en sus variadas formas cuestiona que alguna vez haya casos claros en la aplicación de las reglas jurídicas. Sostiene la idea opuesta y por momentos insiste en que las palabras no tienen ningún núcleo de significado. Todo lo que existe es el antojo arbitrario de un juez o algún otro funcionario. Hart rechaza esto por ser una completa exageración. Tal y como señala, ocuparse de los problemas de la zona de penumbra es una cosa, pero estar preocupado por ellos es otra bastante diferente. Insiste en que todos los conceptos tienen un caso paradigmático, o uso estándar, en el contexto en que se establecen. Incluso conceptos tan vagos como "tasa justa", o un "sistema seguro", o "razonable" tendrán este núcleo duro de significado. Por ejemplo, una facultad delegada por el Poder Legislativo a una comisión para fijar los "salarios razonables" de los conductores de autobús será clara en sus dos extremos y vaga en su centro. Un salario que no es suficiente para que los conductores subsistan será tan irrazonable como un salario tan alto que les garantice una vida lujosa. El significado de la palabra "vehículo", por otro lado, es claro en el centro y vago en los extremos.⁵²

El profesor Hart es, por tanto, perfectamente consciente del margen de vaguedad que rodea a todas las reglas jurídicas. Su interés, sin embargo, no se centra tanto en observar el modo en que estos problemas de la zona penumbra se resuelven, sino en mostrar que la Filosofía analítica del Derecho no se opone a tales estudios. De hecho, ha sugerido que el jurista tiene una tarea importante que llevar a cabo en este ám-

⁵¹ HART, *The Concept of Law* cit., p. 126 (en la versión castellana, p. 162). "Las decisiones tomadas de un modo tan ciego como éste apenas merecerían el nombre de decisiones..." HART, *op. cit.*, *supra* nota 43, en p. 611.

⁵² El profesor Fuller parece haber desafiado esta teoría del caso paradigmático en su artículo "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart", en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, pp. 630, 661-69. No puedo decir que entiendo claramente cuál es el punto de Fuller, pero si cuestiona que una regla jurídica deba tener al menos algunas instancias definidas de aplicación, creo que se equivoca. Véase STOLJAR, "More Thinking on Law and Morals", en *Current Legal Problems*, nro. 10, 1961, pp. 140, 149; TAMMELO, "On the Lawyer's Search for Contract with the Philosopher", en *Journal of Legal Education*, vol. 13, nro. 15, 1961, pp. 441, 445.

bito. Puede establecer las características de una regla o concepto que constituyen su caso paradigmático y, entonces, examinar los diversos motivos que nos inclinan para un lado u otro al tratar un caso dudoso. No es suficiente, cree Hart, con que el jurista se excuse cuando el núcleo claro de significado acaba y comienza la zona de penumbra. El razonamiento jurídico en las zonas de penumbra no es una mera corazonada arbitraria. El jurista tiene que mostrar los variados tipos de razonamiento que los tribunales emplean al llevar a cabo la función creativa derivada de la textura abierta del lenguaje. Como señala:

Dudo que la respuesta en la mayoría de los casos sea simplemente que el juez invoca principios político-morales. Esto no hace justicia a la complejidad de los hechos: oculta la multiplicidad y variedad de razones independientes que son conjuntamente suficientes para fundamentar una única decisión aunque separadamente no lo sean: no muestra que cuando se invocan principios “éticos” generalmente se trata de los ideales ya aceptados en el sistema jurídico; sugiere lo que a menudo es falso, que los principios éticos o políticos suelen estar suficientemente detallados para fundamentar una solución (...); esconde lo que una verdadera descripción de los argumentos en tales casos muestra que tiene “peso” o “fuerza” (los argumentos deductivos carecen de ambas), es decir, que el juez finalmente pondera (aunque con pesos que cambian por muchos factores) consideraciones en conflicto, entre las que se cuentan razones de conveniencia, concepciones sobre el propósito de reglas jurídicas particulares y analogías con otras ramas del Derecho, y no se guía simplemente por principios “no jurídicos”.⁵³

El profesor Hart, en su monumental estudio sobre el concepto de “causación”, escrito en colaboración con su colega de Oxford, el profesor Honoré, ha mostrado el tipo de contribución que un jurista puede hacer.⁵⁴ En ese trabajo, los autores examinan, con meticuloso detalle, el modo en que los tribunales del *common law* han utilizado el concepto. Su objetivo era cuestionar la visión según la cual los jueces usan el lenguaje causal sólo como una cortina de humo para encubrir sus juicios políticos. De-

⁵³ HART, “Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl., vol. 29, 1955, pp. 239, 261.

⁵⁴ HART y HONORÉ, *Causation in the Law* cit.

mostraron que esto no era cierto y que, de hecho, se han desarrollado principios de sentido común que son útiles para enfrentarse a estos problemas.

B. AMBIGÜEDAD

Las palabras no son sólo vagas; a veces son ambiguas. Esto significa que tienen más de un uso bien asentado. Por ejemplo, un testador deja sus pinturas a su hijo. Si la cuestión es si esto incluye un cuadro realizado con técnica de *collage* se relaciona con la vaguedad de "pintura", la fuente del problema; pero si la cuestión es si el legado se refiere a los cuadros del testador o a sus latas de pintura, la responsable es la ambigüedad. Este uso del lenguaje genera muchos problemas. Nos tienta, por ejemplo, a buscar sólo una cosa o cualidad que la palabra se supone que representa. En esta situación, el profesor Hart considera que la función del jurista consiste en examinar los diferentes usos para determinar si están unidos por relaciones que giran en torno a alguna noción central. Ha defendido que conceptos como justicia y derecho pueden ser mejor entendidos como resultado de dicho análisis.

Hohfeld, sin pretender ser exhaustivo, identificó cuatro modos distintos en que los abogados usan la palabra "derecho". Los nuevos nombres mediante los que propuso distinguir estos sentidos fueron pretensión, privilegio, potestad e inmunidad.⁵⁵ Su aproximación supuso un gran avance y disipó mucha confusión previa. Hart, sin embargo, continuó lo que Hohfeld dejó; intentó mostrar por qué usualmente nos referimos a estos cuatro conceptos como "derechos". Sostiene que todos estos conceptos emanan de una misma fuente, a saber, la idea de una elección individual:

El elemento unificador parece ser el siguiente: en los cuatro casos el derecho reconoce la *elección* de un individuo ya sea negativamente, no impidiéndola o no obstruyéndola (libertad e inmunidad), o afirmativamente, dándole efecto jurídico (pretensión y potestad). En los casos negativos no hay derecho a interferir si el individuo elige hacer o abstenerse de hacer alguna acción (libertad) o si elige mantener su posición invariada

⁵⁵ HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, 1920.

(inmunidad); en los casos afirmativos el derecho da efecto jurídico a la elección de un individuo en relación con alguna acción que otra persona debe llevar a cabo o abstenerse de realizar, o en relación con que deba alterarse la posición jurídica de otra persona.⁵⁶

Otros conceptos tienen una complejidad estructural que, una vez entendida, explica la variedad superficial de su uso. Un ejemplo sencillo viene dado por la idea de ganar un juego. Una definición de este término podría ser sumar más puntos que el oponente en un juego competitivo. El problema, por supuesto, es que lo que constituye puntos variará en función de cada juego. Por tanto, al comprender la idea de ganar un juego, necesitamos distinguir entre una *definición* y los *criterios* para su aplicación. La primera es estática, mientras que los segundos varían según el juego. El profesor Hart ha usado este método de análisis para aclarar algunos de los problemas que rodean el concepto de justicia.⁵⁷

Sostiene que entre todas las formas de crítica moral que empleamos, la justicia tiene una característica especial que le es propia. Esto puede apreciarse en cómo reaccionamos con un hombre que ha sido encontrado culpable de crueldad extrema con su hijo. Diríamos que ha cometido un mal moral, que fue malo o débil, pero no que fue injusto. El término "injusto" sería apropiado si hubiese elegido arbitrariamente a uno de sus hijos para un castigo más brutal que a los otros que han hecho precisamente lo mismo.

Esto también es cierto de la crítica jurídica. La justicia se vincula en gran medida con el modo en que se trata a "clases" de individuos cuando algún beneficio o alguna carga deben ser distribuidos entre ellos. También se emplea cuando se reclama compensación por algún daño. No son éstos los únicos usos del concepto, pero una vez que se entiende el uso principal, el resto de los usos será visto como derivado. El profesor Hart formula la idea central como "tratar igual los casos iguales y diferente los casos diferentes". Esto debe complementarse con criterios cambiantes que digan si, para una persona dada, los casos son similares o diferentes.

⁵⁶ HART, "Definition and Theory in Jurisprudence", en *Law Q. Rev.* 37, nro. 70, 1954, p. 49. Véase también HART, op. cit. *supra* nota 42, en pp. 968-70.

⁵⁷ El análisis llevado a cabo por Hart de la justicia se encuentra en el capítulo 8 de *The Concept of Law* cit.

Cuando la aplicación del derecho a casos particulares es objeto de discusión, es el propio derecho el que determina las similitudes y diferencias que son relevantes. Decir que un derecho es aplicado justamente significa meramente que se aplica imparcialmente a todos los infractores. Por lo tanto, un derecho horriblemente inmoral puede ser tan justamente aplicado como uno bueno. Sin embargo, cuando criticamos una ley por ser justa o injusta, hay mucho espacio para la disputa. Diferencias en las opiniones políticas y morales pueden llevar a un desacuerdo irreconciliable respecto de qué factores son relevantes para la crítica del derecho en términos de justicia.

El profesor Hart desarrolla este análisis con una riqueza de detalles que no puede reflejarse aquí. Lo importante, sin embargo, es hacerse una idea de su metodología. No está buscando una esencia común, o forma, que pueda usarse como respuesta a la pregunta “¿qué es la justicia?”. En lugar de ello, examina los tipos de condiciones en que usamos la dicotomía justo/injusto para descubrir si están de algún modo relacionados con un principio central o no. Ésta es una investigación muy distinta. El beneficio que se deriva de tal análisis es, por supuesto, disipar la confusión creada por la tentación persistente de tratar la palabra “justicia” como portadora del mismo significado en distintos contextos. Nos permite ver que la única relación que los usos de la palabra tienen entre sí gira en torno a un principio central.

C. EL CARÁCTER ADSCRIPTIVO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

El profesor Hart ha señalado que cuando decimos que un hombre “*entró sin derecho* en el terreno de Smith” o “*violó a Molly Brown*” o “*posee un edificio de apartamentos*” hacemos algo más que describir meramente estos hechos. Es decir, no estamos estableciendo sólo que un hombre caminó por el territorio de Smith sin permiso, o que un nombre particular aparece en el certificado de un título. En un caso, le estamos asignando responsabilidad por su acción y en el otro le estamos atribuyendo un derecho con respecto al edificio. Siendo adscriptivos, estos conceptos son también derrotables. Ante una acusación de violación, por ejemplo, podría responderse que el acto fue hecho bajo coacción, en estado de sonambulismo o de locura. Si la Agencia Tributaria alega que

un individuo posee un edificio de apartamentos, podría responderse que el título es falso o que su vendedor no contaba con justo título para transmitir, etcétera. Estos dos elementos gemelos, adscripción y derrotabilidad, son característicos de casi todo concepto jurídico.⁵⁸

Una consecuencia importante de la derrotabilidad es que los conceptos jurídicos no pueden ser definidos en términos de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes. Este modo de definición, de acuerdo con Hart, oscurece completamente su verdadero carácter. Un contrato, por ejemplo, no está completamente definido afirmando que requiere al menos dos partes, una oferta y una aceptación, una carta de intención en algunos casos y la existencia de una causa. Estas condiciones, aunque “necesarias”, no siempre son “suficientes” debido a la pluralidad de excepciones que pueden afectar su validez o extinguir el derecho a reclamar judicialmente. En consecuencia, dice Hart:

Está claro, por tanto, que no podría llevarse a cabo ninguna caracterización adecuada del concepto jurídico de contrato sin referencia a aquellas excepciones extremadamente heterogéneas y al modo en que sirven respectivamente para derrotar o debilitar las demandas contractuales. El concepto tiene un carácter inevitablemente derrotable e ignorar esto es tergiversar las cosas.⁵⁹

Por supuesto, es posible mostrar una “obstinada lealtad” a un ideal lógico desorientador e intentar definir conceptos como contrato con una “fórmula general jactanciosa”. Sir Frederick Pollok, dice Hart, hizo esto

⁵⁸ HART, “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, nro. 171, pp. 1948-1949, 1948-1951. Reimpreso en *Essays in Logic and Language*, Flew (ed.), 1952, p. 145. La mayor preocupación de Hart en este trabajo es defender que estas características de los conceptos jurídicos también se encuentran en verbos normales de acción como “yo lo hice”, “tú lo hiciste”, “él lo hizo”, y que en consecuencia se trata ante todo de usos respecto de los cuales admitimos culpabilidad, hacemos acusaciones o adscribimos responsabilidad. Como él reconoce, ésta es una tesis muy controvertida y no ha estado exenta de crítica. Véase MACKIE, “Responsibility and Language”, en *Australian J. of Philosophy*, nro. 33, 1955, p. 143; STOLJAR, “Ascriptive and Prescriptive Responsibility”, en *Mind*, nro. 68, 1959, p. 350; PITCHER, “Hart on Action and Responsibility”, en *Philosophical Rev.*, nro. 226, 1960, p. 69. No nos preocupa discutir aquí este aspecto del trabajo de Hart. Su tesis es ciertamente verdadera con respecto a la mayoría de los conceptos.

⁵⁹ HART, op. cit. *supra* nota 58, en pp. 176, 150.

mismo cuando intentó agrupar varias excepciones contractuales en un requisito adicional para la existencia de un contrato válido: que el consentimiento de las partes fuese “verdadero, completo y libre”.⁶⁰ Esto puede ser “profundamente engañoso” porque sólo es acertado cuando se refiere sucintamente a ciertas “excepciones”. Sin embargo, esto distorsiona la realidad e impone una “unidad espuria” al sugerir que se “requieren” ciertas condiciones psicológicas como condiciones necesarias de un contrato. El derecho no requiere que el demandante funde su propio reclamo y que pruebe la ausencia de posibles excepciones. Si no se reconocen excepciones, hay contrato, en el sentido intemporal de “hay”, a efectos de las decisiones jurídicas.⁶¹ Transformar las excepciones negativas en condiciones positivas en un intento por definir todos los conceptos jurídicos en términos de condiciones necesarias y suficientes es un serio error. El hecho de que los conceptos jurídicos sean derrotables elimina esta forma de definición del discurso jurídico.

En una serie de trabajos recientes, el profesor Hart ha mostrado cómo el reconocimiento del carácter adscriptivo de los conceptos jurídicos puede iluminar algunas cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal.⁶² Muchos autores han sostenido que antes de que un acto pueda ser considerado culpable, incluso en delitos de responsabilidad objetiva, debe ser voluntario. Esto significa no sólo que el agente debe haber efectuado ciertos movimientos musculares, sino que también debe haber deseado que ocurrieran. La idea de que el acto voluntario equivale a una contracción muscular, en conjunción con una voluntad de que ésta tenga lugar, se remonta a autores como Holmes⁶³ y Austin.⁶⁴ Hart cree que es una teoría completamente insatisfactoria porque ignora el carácter adscriptivo del concepto de acción al definirlo en términos puramente descriptivos.⁶⁵ La razón por la que la danza de San Vito, la compulsión

⁶⁰ POLLOCK, Frederick, *Principles of Contract*, 1946, p. 442.

⁶¹ HART, op. cit. *supra* nota 57, en pp. 182, 156.

⁶² Véase *Legal Responsibility and Excuses. Determinism and Freedom*, Hook, 1958, p. 81; “Acts of Free Will and Responsibility”, en *University of Sheffield, The Jubilee Lectures of the Faculty of Law*, Marshall, 1960, p. 115; “Negligence, Mens Rea and Responsibility”, en *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest, 1961, p. 29.

⁶³ HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, 1981, p. 55.

⁶⁴ AUSTIN, John, “Lectures on Jurisprudente”, en *Lectures*, Campbell, 1885, pp. 18-19.

⁶⁵ HART, “Acts of Free Will and Responsibility”, op. cit., *supra* nota 62.

física, los actos reflejos, la epilepsia, el automatismo, etcétera, son tratados como excepciones es que el agente pierde la “habilidad” de controlar sus acciones u omisiones. Esta falta de habilidad para controlar siempre constituye una excepción ante una adscripción de responsabilidad. Una vez que esto se advierte, todas las dificultades que se han presentado al explicar una omisión en términos de una contracción muscular en conjunción con una voluntad se desvanecen.⁶⁶

Muchos penalistas ingleses y norteamericanos han empezado a tener dudas cada vez más profundas de que la negligencia sirva como base de la responsabilidad penal. Atendiendo a numerosas consideraciones, sostienen que el castigo penal sólo puede justificarse si el agente pensó que alguien podría resultar dañado.⁶⁷ Si la posibilidad de daño le pasaba inadvertida, entonces no se le debería responsabilizar penalmente. El profesor Hart cree que estas dudas surgen por no atender a la distinción entre un concepto descriptivo y uno adscriptivo.⁶⁸ Castigamos a un individuo negligente no porque su mente estaba en blanco, sino porque no se ajustó a un estándar. La negligencia no es en absoluto un término descriptivo. Por ejemplo, considérese el caso de un trabajador que lanza tejas a la calle desde una azotea. Supóngase que él ignora que hay gente andando por la calle y que una de sus tejas mata a un peatón. No es moralmente erróneo castigarle pese a que su mente estaba en blanco. Su negligencia fue grave y merecedora de censura penal porque podría haber evitado el daño adoptando unas mínimas precauciones. Lo crucial, dice Hart: “...es que aquellos a quienes castigamos hayan tenido al momento de actuar las capacidades normales, físicas y mentales, para hacer lo que el derecho requiere y abstenerse de lo que prohíbe, y la oportunidad de ejercer estas capacidades”.⁶⁹

La cuestión, entonces, no tiene que ver con no tener presente el daño, sino con no “prestar atención a la conducta y sus riesgos, pensar acerca

⁶⁶ La dificultad según la teoría de la contracción muscular intencional es que en una omisión no hay contracción muscular, por lo que ¿cómo puede haber acción?!

⁶⁷ Véase e.g., HALL, Jerome, *Principles of Criminal Law*, 1947, pp. 166-67; WILLIAMS, Granville L., *Criminal Law*, 1956, pp. 98-99; TURNER, “The Mental Element in Crimes at Common Law”, en *The Modern Approach to Criminal Law*, 1945, p. 195.

⁶⁸ HART, “Negligence, Mens Rea and Responsibility”, op. cit., *supra* nota 62.

⁶⁹ Íd. en 45.

de ella y controlarla".⁷⁰ Esto sólo puede apreciarse si se reconoce la naturaleza derrotable de los conceptos penales.

D. EL USO OPERATIVO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Las preguntas "¿Qué es la posesión?" o "¿Qué es un derecho?" parecen presuponer que el tipo de respuesta que requieren es la identificación de alguna cosa o cualidad que la palabra representa. Este tipo de pregunta es suficientemente inocua cuando se refiere a conceptos como silla, el color azul o gato, porque están directamente ligados a algo que tiene una existencia de facto. Pero el tipo de pregunta "¿Qué es X?" referida a conceptos jurídicos, cree el profesor Hart, sólo puede generar confusión. La razón de ello es que palabras como empresa, derecho y deber no tienen una

...conexión directa con sus equivalentes en el mundo de los hechos, como la mayoría de las palabras ordinarias, a la que apelamos cuando las definimos. No hay nada que simplemente "se corresponda" con estos términos jurídicos. Cuando intentamos definirlos encontramos que las expresiones utilizadas especifican clases de personas, cosas, cualidades, eventos y procesos (materiales o psicológicos) que nunca equivalen exactamente a estos términos jurídicos, aunque a menudo están conectados de algún modo.⁷¹

Hart sostiene que el tipo de pregunta "¿Qué es X?" ha hecho que la Filosofía analítica del Derecho desemboque ciegamente en lo que él denomina "una conocida tríada" de respuestas teóricas. Tómese como ejemplo la pregunta "¿Qué es un derecho?". Los realistas americanos, respondiendo en clave de hechos evidentes, afirman que un derecho es una predicción del comportamiento de los funcionarios. La Escuela escandinava sostiene que un derecho es sólo un poder ideal, ficticio o imaginario y en absoluto real. Incluso se ha llegado a responder que un derecho es una "realidad objetiva", un tipo de entidad invisible que existe con independencia del comportamiento de los hombres. Hart considera que

⁷⁰ Íd. en 49.

⁷¹ HART, "Definition and Theory in Jurisprudence", en *Law Q. Rev.*, nro. 37, 1954, p. 70.

esta tríada ha “embrujaado” el análisis de la personalidad jurídica, el estado civil y otros innumerables conceptos, resumiéndolo de este modo:

Un tipo de teorías nos dice que una palabra representa alguna variante imprevista de lo familiar –un hecho complejo cuando esperamos algo unificado y simple, un hecho futuro cuando esperamos algo presente, un hecho psicológico cuando esperamos algo externo–; el segundo tipo de teorías afirma que una palabra representa algo que en algún sentido es una ficción; el tercer tipo de teorías (ahora pasado de moda) nos dice que una palabra representa algo distinto de otras cosas sólo en el sentido de que no podemos tocarla, escucharla, verla, sentirla.⁷²

La técnica que Hart sugiere para evitar la cuestión de qué conceptos “significan” o “representan” es mirar la función que las palabras “llevan a cabo” en el funcionamiento de un sistema jurídico. Esto dirigiría nuestra atención al hecho de que el derecho está compuesto por reglas y que los conceptos utilizados en conexión con reglas tienen características distintivas que siempre deben tenerse en mente. Los juegos y el derecho se parecen en esto y es por ello que el profesor Hart se basa recurrentemente en analogías con las reglas del críquet o los juegos de cartas. Ilustran de un modo simple el método en que operan los conceptos dependientes de las reglas. Aquellos que han criticado el uso por Hart de la analogía con los juegos se equivocan al no apreciar esto. La técnica sugerida por Hart para elucidar los conceptos jurídicos consiste en tomar un enunciado en que el concepto tiene un uso característico y luego investigar las condiciones estándares en que sería verdadero. Tomemos “derecho” como ejemplo. Un uso característico del enunciado es “A tiene derecho a que B le pague \$ 20”. Lo primero que hay que advertir con respecto a tal enunciado es que asume la existencia de un sistema jurídico. Además también presupone una conexión especial con una regla particular de ese sistema. El enunciado por sí mismo no establece ninguna de estas cosas. Lo que hace, sin embargo, es “llevar a cabo” un simple cálculo jurídico: deja constancia del resultado de la aplicación de la regla de un sistema jurídico a los hechos de un caso particular por parte del hablante.

⁷² Íd. en 39, nro. 2.

Deben reconocerse otras dos características de los conceptos que dependen de reglas. La primera es el diferente estatus de un enunciado como "A tiene derecho a que B le pague \$ 20", cuando es expresado por un juez y cuando lo emite alguien ajeno a los tribunales. El enunciado del juez produce un efecto que el otro no tiene. Ambos, sin embargo, expresan conclusiones jurídicas. La otra característica es que las reglas podrían establecer consecuencias idénticas para hechos muy distintos. Una regla del béisbol, por ejemplo, prevé las mismas consecuencias para el hecho de ser alcanzado por un oponente (*tagged*), recibir tres *strikes* (*struck out*) o que la bola sea atrapada por un jugador del otro equipo (*caught*). Ninguna de estas cosas es más esencial que las otras dos a lo que significa la palabra "fuera" (*out*). Éste es un elemento importante de conceptos dependientes de reglas que a menudo ha sido pasado por alto. El profesor Hart sugiere que algunas de las confusiones habituales con respecto a la posesión y a la personalidad jurídica provienen de no apreciar esto. La distinción entre "posesión de hecho" y "posesión ficticia", y la misma dicotomía con respecto a la personalidad jurídica, parece estar basada en una actitud consistente en que ciertos modos de estar "fuera" en béisbol son más "fuera" que otros.

El punto crítico en todo esto es que los conceptos jurídicos no representan nada. No establecen hechos. En lugar de ello se usan para "hacer" algo. Un ejemplo más dramático de esto puede apreciarse comparando las palabras operativas de una transacción con las palabras descriptivas de una narración. El primero opera con reglas jurídicas y no describe hechos. Se crean obligaciones, se confieren y transmiten derechos y se producen cambios jurídicos. Lo mismo es cierto de las palabras "yo lego, por la presente" en un testamento o "por la presente, se promulga" en una ley. En esos ejemplos, las palabras se usan para hacer algo a lo que una regla vincula consecuencias jurídicas. En nuestro ejemplo inicial de "A tiene derecho a que B le pague \$ 20", la persona que lo dijo estaba operando con una regla de un modo diferente. Estaba trazando una conclusión. No es necesario aclarar que esta técnica de elucidación es completamente neutral con respecto a todas las teorías del valor alternativas. El profesor Hart se preocupa por demostrar la función que los conceptos jurídicos llevan a cabo y no por defender o proponer cualquier teoría sobre qué contenido deberían tener.

E. EL ASPECTO INTERNO DE LAS REGLAS JURÍDICAS

Una de las tesis centrales del reciente libro del profesor Hart *The Concept of Law* es que sin tomar en cuenta el aspecto interno de las reglas jurídicas poco puede avanzarse en la comprensión de cómo funciona el Derecho en una sociedad. Incluso llega a afirmar: "Por cierto que mientras no se capte su importancia no podremos entender adecuadamente todo el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa de la sociedad".⁷³

A fin de apreciar lo que Hart quiere decir por aspecto interno de las reglas, permítasenos tomar el ejemplo que él utiliza del juego del ajedrez. Los jugadores comparten más que el simple "hábito" de mover el caballo de cierto modo. Un hábito es algo que hacemos sin pensar sobre si nuestra conducta es buena, mala o indiferente. Los jugadores de ajedrez, sin embargo, tienen una actitud común, crítica y reflexiva hacia sus patrones de comportamiento. El caballo debe ser movido de un modo particular por todos los que participan en el juego. Si alguien intentase mover el caballo como si fuera una reina, surgirían ciertos reclamos de adecuación; se emplearía un lenguaje normativo como "no debes hacer eso", "eso es incorrecto" y así sucesivamente. El lenguaje de "debes", "deberías", "correcto" e "incorrecto" muestra que las personas aceptan que la regla es vinculante.

La aceptación de reglas es un fenómeno mucho más sofisticado que el mero hábito. Es también un fenómeno mucho más complejo que la obediencia a las reglas por temor a la sanción que será impuesta en caso de trasgresión. La obediencia a las reglas es mucho más pasiva que su aceptación. En el Derecho, la obediencia se plasma en las siguientes observaciones: "estaba obligado a ello", "probablemente pagaré las consecuencias si..." y "te harán eso si..." Este lenguaje refleja la visión de una persona que rechaza las reglas y que sólo obedece por miedo a ser sancionada si comete una infracción. Quienes aceptan las reglas las utilizan de un modo muy diferente. El profesor Hart nos dice:

Éstos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como

⁷³ HART, *The Concept of Law* cit., p. 86 (en la versión castellana, p. 110).

fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una “razón” para esa hostilidad.⁷⁴

El profesor Hart se vale de las frases “aspecto externo de las reglas” y “aspecto interno de las reglas” para distinguir entre obediencia a las reglas y aceptación de las mismas. Es consciente de que, en un momento dado, una sociedad particular puede vivir la tensión entre quienes aceptan estas reglas y aquellos que las rechazan total o parcialmente.⁷⁵ Advierte, además, que la idea de aceptación es un hecho social muy complejo. Es un fenómeno que hasta ahora ha sido pasado por alto en el análisis jurídico. El método por el cual Hart se encontró con él fue la aplicación de la filosofía de los últimos trabajos del profesor J. L. Austin, de quien ya hemos hablado. Era una distinción fáctica que se había incrustado en el uso lingüístico. Hart no la capturó por medio de una investigación empírica, sino por el análisis de su reflejo en nuestro lenguaje.⁷⁶

El profesor Hart ha sostenido con alguna extensión en *The Concept of Law* que cualquier teoría del derecho que pase por alto el aspecto interno de las reglas no podrá hacer justicia a los hechos. Tal teoría pasará por alto las múltiples maneras en que los ciudadanos y los funcionarios de una sociedad emplean las reglas jurídicas, algunas nunca antes presentadas a los tribunales. La creencia básica de Hart es la siguiente:

Las normas jurídicas funcionan en sus vidas, no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos

⁷⁴ Íd. en p. 88 (en la versión castellana, p. 113).

⁷⁵ Incluso llega a sostener que, para constituir un sistema jurídico, es suficiente que los ciudadanos meramente obedezcan el derecho, siempre y cuando los funcionarios acepten y empleen el criterio de validez jurídica de dicho sistema. Esto, por supuesto, si efectivamente logran subyugar al pueblo. Véase *The Concept of Law* cit., pp. 113-14. Hart afirma, no obstante, que en la mayoría de los sistemas gran parte de la población también aceptará las reglas. Seguramente, éste será el caso en un sistema saludable. Véase íd. en 114 *et seq.*

⁷⁶ Véase AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* cit., 8ª ed., 1954.

de conducta, que son aceptados. Esto es, ellos no solamente hacen con tolerable regularidad lo que el Derecho les exige, sino que ven en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él al criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás.⁷⁷

Esta creencia lo lleva a pensar que desde la mirada del “hombre bueno”, más que desde la del “hombre malo” de Holmes, puede lograrse un enfoque superior del carácter social y la función del Derecho. Se recordará que, en un famoso discurso, Holmes recomendó a los estudiantes considerar el Derecho como una predicción de lo que los tribunales harán ante la violación de reglas.⁷⁸ El profesor Hart toma la posición opuesta. Sostiene que

Las principales funciones del Derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante ello accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las diversas formas en que el Derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales.⁷⁹

En *The Concept of Law*, el profesor Hart da un lugar central al aspecto interno de las reglas jurídicas en sus persuasivas críticas a las teorías del Derecho de Austin, Kelsen y los realistas norteamericanos. Es también un ingrediente fundamental en su propio intento por aislar y caracterizar un conjunto básico de elementos que permitirán un análisis más sofisticado de la estructura distintiva de un sistema jurídico y de las partes que lo componen.

III

Los cinco aspectos de las reglas y los conceptos jurídicos recién examinados serán suficientes para transmitir una impresión general sobre la naturaleza de las investigaciones teórico-jurídicas del profesor Hart. Debe

⁷⁷ HART, op. cit., *supra* nota 73, en p. 134 (en la versión castellana, p. 171).

⁷⁸ HOLMES, “The Path of the Law”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 457, 1987, p. 1.

⁷⁹ HART, op. cit., *supra* nota 73, en p. 39 (en la versión castellana, p. 51).

notarse que los cinco puntos son neutrales en el sentido de que sólo apuntan a hechos acerca del lenguaje jurídico y no se involucran en cuestiones valorativas. Hart no intenta decirnos, por ejemplo, cómo los jueces deben decidir en casos particulares, ni esboza ningún método para evaluar el funcionamiento de reglas jurídicas específicas o de todo el sistema jurídico. Su preocupación central es presentar un análisis neutral basado en ciertos hechos ineludibles acerca del lenguaje y de la manera en que las reglas y los conceptos jurídicos son realmente utilizados en la sociedad.

Estos estudios han llevado a Hart a concluir que el derecho es un fenómeno, en efecto, muy complejo. No obstante, lo que encontró ausente en los teóricos jurídicos clásicos es justamente el reconocimiento de esta complejidad. El derecho, cree, es mucho más que la orden de un soberano, la predicción de la acción de un funcionario o la norma primaria que estipula una sanción. Es todas estas cosas y mucho más. La objeción de Hart a las teorías jurídicas clásicas es que todas intentan reducir el Derecho a una forma simple. Como él dice, “el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica”.⁸⁰ Esta pasión contra el reduccionismo es tan central en la obra de Hart como lo era en la de su mentor filosófico, el profesor J. L. Austin en su última época. Puede sintetizarse en una de las elocuentes frases de este último: “Las cosas no son simples, sino los filósofos”.⁸¹

⁸⁰ Íd. en p. 32 (en la versión castellana, p. 41). “Arrojan (los teóricos clásicos) una luz que nos hace ver mucho de lo que permanecía oculto en el Derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto”. Íd. en p. 2 (en la versión castellana, p. 3).

⁸¹ AUSTIN, *Philosophical Papers* cit., p. 239. Puede considerarse que una de las principales metas que Hart se propuso cumplir en 1952, al ser nombrado Catedrático de Filosofía del Derecho en Oxford, fue transmitir este mensaje a los teóricos del Derecho. Como él mismo dijo, “la importancia de preservar las distinciones hechas por la terminología habitual y resistir la reducción de los diversos tipos de reglas jurídicas a un solo tipo (...) nunca había sido clara o convincentemente señalada, y, sin embargo, los motivos lógicos, y de otra clase, que inspiran la sobresimplificación o reducción debían ser examinados antes de que pudiera afirmarse que realmente habíamos entendido incluso esas partes del sistema jurídico que son relativamente fijas y estables”. HART, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 105, 1957, pp. 953, 959. Véase, además, el ataque de Hart sobre el reduccionismo de la lógica simbólica en HART, “A Logicians Fairy Tale”, en *Philosophical Rev.*, nro. 60, 1951, p. 198.

Debido a que los estudios de Hart se han centrado principalmente en la neutralidad del análisis, algunas veces se lo acusa de rechazar la idea de que el teórico del derecho debe preocuparse por cuestiones valorativas.⁸² Del mismo modo, ha sido vinculado con la visión de que el derecho es una disciplina completamente autosuficiente, que no necesita recurrir a otros campos de conocimiento para funcionar adecuadamente.⁸³ De hecho, en algunos lugares, parece ser considerado un monstruo moral.⁸⁴ Nada de todo esto podría estar más lejos de la verdad. Muchos de los artículos del profesor Hart contienen variadas dosis de su filosofía moral utilitarista, lo que demuestra la falsedad de la acusación referida a que no está preocupado por cuestiones valorativas. La gente puede disentir con su criterio de valoración, pero ésta es una cuestión completamente diferente.⁸⁵ Es cierto que el principal enfoque de su trabajo es analítico y no valorativo. Pero esto no significa que sea automáticamente crítico de otros autores cuyo interés central es valorativo antes que analítico. Sobre la cuestión de si el derecho es una ciencia autosuficiente, Hart ha dicho que tal visión sería “bastante irreal” y que “...incluso en Inglaterra, incluso en Oxford, hemos aceptado que el *Derecho* para funcionar correctamente –lo que supongo significa que las decisiones de los tribunales deben ser satisfactorias e inteligentes– debe recurrir a otras disciplinas”.⁸⁶

⁸² Por ej., AUERBACH, “On Professor Hart’s Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Journal of Legal Education*, nro. 9, 1956, p. 39 (1956); MACGUIGAN, “Law, Morals and Positivism”, en *U. Toronto L. J.*, vol. 14, nro. 1, pp. 20 y ss.

⁸³ Por ej., BODENHEIMER, “Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 104, 1956, p. 1080.

⁸⁴ Por ej., FULLER, “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, p. 630. “Hay algo subhumano en la idea de una teoría positivista del Derecho”. MACGUIGAN, *supra*, nota 82, en p. 28.

⁸⁵ Una y otra vez en sus escritos sobre responsabilidad penal, Hart afirma que es moralmente incorrecto castigar a un hombre que no pudo controlar sus actos. Se ha pronunciado extensamente en contra de la pena de muerte en HART55, “Murder and the Principles of Punishment: England and the United States”, en *New. U. L. Rev.*, nro. 52, 1957, p. 433. Incluso ha sostenido que los hombres tienen un derecho natural a la libertad. Véase HART, “Are there any Natural Rights?”, en *Philosophical Rev.*, nro. 64, 1955, p. 175.

⁸⁶ HART, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 105, pp. 953, 955. Más adelante, en el mismo artículo, dijo: “Estoy de acuerdo en que

Otra crítica frecuente a las investigaciones de Hart es que hace malabarismos con las palabras, ignorando completamente la realidad que hay detrás de ellas. En una oportunidad, respondió a tal crítica empleando la siguiente analogía:

Suponga que un hombre está ocupado con su catalejo enfocando un barco de guerra que se encuentra en el puerto a cierta distancia. Un amigo se le acerca y le pregunta: “¿Estás preocupado por la imagen en el lente o por el barco?”. Claramente (de estar bien asesorado) el hombre respondería: “Por ambas cosas. Estoy intentando calibrar la imagen del lente con el barco para verlo mejor”. Me parece que de igual modo, al desarrollar estudios analíticos, buscamos afinar nuestra conciencia sobre lo que hacemos cuando utilizamos el lenguaje.⁸⁷

Mucho más importante que estas críticas, que fracasan completamente en la comprensión del trabajo de Hart, es el comentario de Jonathan Cohen, quien señala que estas investigaciones analíticas pueden indicarnos cuándo hemos errado el camino, pero no cuál es el camino correcto,⁸⁸ o como lo expresó el profesor Friedmann: “Ningún nivel de refinamiento lógico o semántico puede eliminar la valoración al elegir entre diferentes políticas, ya sea en la interpretación de un cuerpo normativo o en la aplicación de un precedente del *Common law* al caso que se está tratando”.⁸⁹

Me parece que no hay respuesta a estas observaciones referidas a que la Filosofía del Derecho analítica sólo crea el marco, por así decirlo, para la teoría de los valores jurídicos. Estoy casi seguro de que el profesor Hart también hubiese reconocido que esto es cierto. Toda pregunta jurídica tiene dos caras: la primera es formal o analítica, y está relacionada con la lógica del derecho; la segunda es valorativa, y debe tomar en

puede, y debería, no haber una división ‘absoluta’ entre las investigaciones analíticas y los estudios de otros campos de conocimiento empírico relevante para criticar las instituciones sociales y jurídicas”. Íd. en p. 973.

⁸⁷ Íd. en p. 967.

⁸⁸ COHEN, “Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Proceedings of the Aristotelian Society* cit., vol. 29, pp. 215, 238.

⁸⁹ FRIEDMANN, “Legal Philosophy and Judicial Law Making”, en *Colum. L. Rev.*, nro. 61, 1961, pp. 821, 823. Véase, además, BODENHEIMER, “Analytical Positivism, Legal Realism, and the Future of Legal Method”, en *Va. L. Rev.*, nro. 44, 1958, p. 365.

cuenta cualquier conocimiento que podemos deducir de otras disciplinas: la historia, la política, la ética y la economía, entre otras. Si alguno de estos aspectos es ignorado, entonces sólo obtendremos confusión y distorsión. La Filosofía analítica del Derecho degeneraría en un escolasticismo estéril y las teorías valorativas se encontrarían sin un fundamento sólido en la propia disciplina sobre la que pretenden versar. El profesor Hart nunca afirmaría que sus estudios son el fin último de la teoría del Derecho, aunque sospecho que sostendría que son el punto de partida.

BIBLIOGRAFÍA

Los principales trabajos de Herbert L. A. Hart.

AUSTIN, *The province of Jurisprudence Determined*, Hart (ed.), 1954.

HART, Herbert L. A. y A. M. HONORÉ, *Causation in the Law*, 1959.

HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 1961.

– *Law, Liberty and Morality*, 1963.

– “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, nro. 171, pp. 1948-1949. Reimpreso en *Essay in Logic and Language*, Flew (ed.), 1952, p. 145.

– “A Logician’s Fairy Tale”, en *Philosophical Rev.*, nro. 60, 1951, p. 198.

– “Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)”, en *Am. J. Comp. L.*, nro. 2, 1953, p. 355.

– “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *L. Q. Rev.*, nro. 70, 1954, p. 37.

– “Are there any Natural Rights?”, *Philosophical Rev.*, nro. 64, 1955, p. 175.

– “Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary, vol. 29, 1955, p. 239.

– “Book Review: Kelsen, The Communist Theory of Law”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 69, 1956, p. 772.

– “Should the Death Penalty Be Abolished?”, en *The Listener*, nro. 55, 1956, p. 87.

– “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 105, 1957, p. 953.

– “Murder and the Principles of Punishment: England and the United States”, en *New. U. L. Rev.*, nro. 52, 1957, p. 433.

– “Decision, Intention, and Certainty”, en *Mind*, nro. 67, 1958, p. 1.

– “Dias and Hughes on Jurisprudence”, en *J. Soc. Pub. T. L.*, nro. 4, 1958, p. 143.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

- HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, p. 593.
- "Legal and Moral Obligation", en *Essays in Moral Philosophy*, Melden, 1958, p. 82.
 - "Legal Responsibility and Excuses", en *Determinism and Freedom*, Hood, 1958, p. 81.
 - "Scandinavian Realism", en *Cam. L. J.*, 1959, p. 233.
 - "Immorality and Treason", en *The Listener*, nro. 62, 1958, p. 162.
 - "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en *Proceedings of the Aristotelian Society (N. S.)*, nro. 60, 1959-1960, p. 1.
 - "Acts of Free Will and Responsibility", en *University of Sheffield, The Jubilee Lectures of the Faculty of Law*, Marshall (ed.), 1960, p. 115.
 - "Negligence, Mens Rea and Responsibility", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest (ed.), 1961, p. 29.
 - "The Use and Abuse of the Criminal Law", en *Oxford Lawyer*, nro. 4, 1961, p. 1.
 - "Kelsen Visited", en *U. C. L. A. L. Rev.*, nro. 10, 1963, p. 709.

Cuestiones y textos: sobre la enseñanza de la Teoría y la Filosofía del Derecho*

AURELIO DE PRADA GARCÍA**

Todos creen que cualquiera participa de la justicia y de la virtud política en general.

PLATÓN, *Protágoras*

...no cabe aprender filosofía alguna, sólo se puede aprender a filosofar.

KANT, *Crítica de la razón pura*

...todo saber pasa por la pregunta.

GADAMER, *Verdad y método*

1. INTRODUCCIÓN

Si bien nuestra comunidad iusfilosófica realiza periódicos esfuerzos de autocomprensión¹ en los que, de manera más o menos forzada,² suele

* Publicado originalmente en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, Madrid, 2000.

** Profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

¹ Vid., por ejemplo, el número 15 de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1975, dedicado a "La Filosofía del Derecho en España", o el número 1 de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1984, titulado "Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho". En cuanto a la Teoría del Derecho, vid., por ejemplo, los números 31 y 32 de *Persona y Derecho*, Pamplona, 1994 y 1995, dedicados a "El estatuto de la Teoría del Derecho".

² "...quienes están llamados a la docencia de disciplinas de tipo formativo general que tienden a religar la experiencia jurídica con su contexto sociocultural, abordándolas desde premisas históricas, económicas, sociológicas o filosóficas, se ven abocados, por propia sensibilidad autocrítica o apremiados por motivaciones externas (como pueden ser las amenazas de reforma, reducción y, en el peor de los casos, de supresión que periódicamente les acechan) a preguntarse a sí mismos y a explicar a los demás la razón de ser de su presencia en las facultades de Derecho". PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Sevilla, Mergablu, 1998, p. 260.

tratarse del lugar que deben ocupar las enseñanzas de la filosofía y la Teoría del Derecho, un observador externo no podría dejar de sorprenderse ante la ausencia de investigaciones dirigidas a examinar la cuestión de la metodología docente a aplicar a tales enseñanzas.³ Y ello tanto más cuanto que, según la legislación vigente,⁴ para incorporarse a los cuerpos docentes universitarios, cuerpos de los que se nutre básicamente dicha comunidad, ha de defenderse un “proyecto docente”. Defensa en la que, obviamente, la metodología docente juega un papel crucial y que, por lo mismo, debiera propiciar las reflexiones sobre cuál resulta ser la más adecuada.

Pudiera pensarse, con todo, que no cabe tal sorpresa y que la ausencia de investigaciones al respecto se debe a un acuerdo cuasiunánime de esa comunidad iusfilosófica sobre la metodología docente más apropiada, pero ello no acaba de compadecerse con los notables cambios que pueden apreciarse en los manuales, en los libros de texto, materiales didácticos... de dicha comunidad. Cambios que, al afectar, de un modo u otro, a los presupuestos de metodología docente y de evaluación, y también, en consecuencia, a la misma comprensión de la disciplina, parecen exigir cierta atención.

2. TEXTOS

Y, en efecto, para comenzar por alguno de esos cambios, quizás el menos relevante, podría aludirse al hecho de que, si bien siguen apareciendo manuales que rondan o superan las 600 páginas,⁵ se aprecia una notable

³ Una excepción: las V Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, dedicadas, sin embargo, no a la enseñanza de la Filosofía del Derecho sino a la del derecho. Y en efecto en el monográfico nro. 5 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, “La Filosofía y la enseñanza del Derecho”, Madrid, 1982 (coord. por G. Robles Morchón y J. M. Romero Moreno) y que recogía los trabajos aportados a esas Jornadas, se mezclan artículos sobre problemas de la enseñanza de la Filosofía del Derecho (Sánchez de la Torre, Pérez Luño, Peces-Barba, Ara Pinilla...) con otros sobre la enseñanza, en general, del Derecho (Capella, Ballesteros y de Lucas, Lorca Navarrete, Castro Cid...) .

⁴ Arts. 35 a 38 de la LRU.

⁵ Por ejemplo, HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, 647 pp.; PUY MUÑOZ, F. y A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid, Colex, 1999, 602 pp.

disminución cuantitativa. Y así, frente a los manuales de la década del 70, como los de Recasens y Legaz, ciertamente espléndidos pero también abrumadores para los alumnos a los que iban dirigidos,⁶ el tamaño hoy habitual ronda entre las 300 y las 400 páginas.⁷ Aunque ello se explique, quizás, por la aprobación de los nuevos planes de estudio y la reducción de algunas asignaturas a cuatrimestrales, no deja de tener su importancia pues el contenido, la materia de la asignatura, parece tender a reducirse significativamente, con las consecuencias que ello tiene de cara al alumno. Si es que “se trata de contribuir al ideal ilustrado de pensar con la propia cabeza”,⁸ obviamente no es lo mismo que para ello se necesiten alrededor de 700 páginas a que baste con, más o menos, la mitad.

Un cambio paralelo al anterior, y probablemente más relevante, lo constituye la aparición, cada vez más frecuente, de manuales de autoría colectiva⁹ o, para ser más exactos, sobre la base de diversas aportaciones individuales, de diversos “textos” de diferentes autores. Cambio que parece comportar cierta ruptura con la concepción solipsista de la docencia iusfilosófica tradicionalmente y aún hoy dominante.

Y, en efecto, frente a los manuales más o menos extensos, con un “texto” único, obra de un solo autor, la aparición de obras colectivas, con varios “textos”, parece suponer una concepción de la Filosofía del Derecho como obra colectiva, como obra de diversos autores que colaboran en común en la empresa iusfilosófica, “en la cacería de la verdad”, por decirlo con Poliziano.¹⁰

⁶ RECASENS SICHES, L., *El Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1975; LEGAZ, *La Filosofía del Derecho*.

⁷ Así, por citar algunos de los más recientes: ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, Reus, 1995, 350 pp.; BARRÉRE UNZUETA *et al.*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, 294 pp.; BETE OÓN, J. *et al.*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, 390 pp.; DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 390 pp.; MONTORO BALLESTEROS, A., *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 342 pp., y PÉREZ LUÑO, A. E. *et al.*, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, 252 pp.

⁸ DE LUCAS, J., “Prólogo a la segunda edición”, en *Introducción a la Teoría del Derecho* cit., 18.

⁹ Vid., por ejemplo, los recogidos en la nota 7.

¹⁰ “Ocurre como en las cacerías, que, si uno se dedica a perseguir él solo a la fiera, nunca o muy difícilmente la alcanzará; pero si busca la ayuda de otros cazadores,

No parece preciso resaltar las diferencias en cuanto a la metodología docente que una y otra concepción comportan, pues si la primera, la de los manuales obra de un solo autor, con un solo texto “cerrado y concluso”, parece abonar al método de las llamadas “clases magistrales”,¹¹ así como los sistemas de evaluación que le son inherentes,¹² en la segunda parece quebrar la idea de filosofía perfectamente acabada y conclusa y primar la de “obra abierta”, con las consecuencias pertinentes en lo que a metodología docente se refiere.

Podría pensarse que esta conclusión es ilegítima y que lo procedente sería derivar de los manuales de autoría colectiva una especie de confesión implícita de impotencia por parte de sus autores. Autores que no serían capaces de elaborar un manual completo, un “texto” único y acabado, por sí solos, individualmente, desde la “terrible soledad del propio filosofar”.¹³

En otros términos, los manuales de redacción colectiva no responderían a una concepción no solipsista del quehacer iusfilosófico sino a la

llegará con facilidad hasta su misma guarida. También en esta especie de cacería tras la verdad hay muchos lugares ásperos y fragosos cercados de árboles y de temibles sombras, que son difíciles de atravesar si uno va solo”. POLIZIANO, A., *Estancias, Orfeo y otros escritos*, Madrid, Cátedra, 1984, p. 242.

¹¹ “Tradicionalmente, el método de enseñanza más usado y abusado, en nuestras facultades de Derecho ha sido la clase teórica o la denominada clase magistral. Constituye un método unidireccional, en el que el profesor expone los puntos principales de un temario, que no siempre se concluye, y en el que el alumno toma, más o menos apresuradamente, notas o apuntes, asumiendo una actitud pasiva y acrítica al respecto”. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Introducción”, en *Textos básicos de Teoría del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1994, p. 10.

¹² “Que un investigador apacible pierda siquiera tres cuartos de hora en exponer oralmente sin pulir, lo que pulcramente escrito puede leer el alumno en su casa en media hora es un solemne disparate. No digamos nada, si además nos empeñamos en que luego el alumno se lo aprenda de memoria y lo almacene lo suficiente para que no se degrade antes de evacuarlo en un pintoresco examen. Al final quedará como recuerdo una vaga familiaridad con algunos problemas y cierta terminología”. OLLERO, A., *¿Qué hacemos con la Universidad?*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1985, p. 87.

¹³ Por decirlo con Ortega: “...el filósofo auténtico que filosofa por íntima necesidad no parte hacia una filosofía ya hecha, sino que se encuentra, desde luego, haciendo la suya, hasta el punto de que es su síntoma más cierto verle rebotar de toda filosofía que ya está ahí, negarla y retirarse a la terrible soledad de su propio filosofar. BRÉHIER, Emile, “Historia de la Filosofía”, en *Obras Completas. Revista de Occidente & Alianza*, vol. 6, Madrid, 1983, p. 402.

incapacidad de cada uno de sus autores, y ello tanto más cuanto que, efectivamente, no suele haber una asunción colectiva plena de todo el manual, sino que cada autor suele responder exclusivamente de su parte, de su "texto",¹⁴ por mucho que se discutan en común las diversas aportaciones individuales.¹⁵

Pero no parece ser el caso, pues, al margen de que, en ocasiones, se apela a un fondo común o una escuela¹⁶ desde los que se realizan las diversas aportaciones individuales al manual común, en otras se asume tal "empresa colectiva" con todas sus ventajas e inconvenientes.

Ventajas e inconvenientes, como la falta de uniformidad, homogeneidad, e incluso las contradicciones de los diversos "textos" individuales, que, a veces, cuando son "de fondo", ni siquiera se tratan de eliminar.¹⁷

¹⁴ Vid., por ejemplo, BARRÈRE UNZUETA, M. A. *et al.*, "Presentación", en *Lecciones de Teoría del Derecho* cit., p. 13. "De cualquier modo, o por eso mismo, la responsabilidad de lo que aquí cada cual expone y defiende es absoluta y exclusivamente individual".

¹⁵ "...cada uno de los autores preparó un texto acerca de los problemas que se le encargaron, textos que, una vez discutidos y revisados, se incluyen según el criterio final del responsable del mismo". DE LUCAS, J., "Prólogo a la primera edición" a *Introducción a la Teoría del Derecho* cit., p. 19.

¹⁶ "Podiera suscitar dudas sobre la posibilidad de cumplir esos propósitos, y sobre el propio título de la obra, el hecho de su autoría colectiva. Dada la pluralidad infinita de concepciones teóricas del Derecho, su elaboración por diversos autores parece abocada a traducirse en 'unas' más que en 'una' Teoría del Derecho. No obstante, en los tres profesores que comparten conmigo la autoría de la obra se da un rasgo común (...) más allá de las peculiares preferencias y enfoques personales, se da entre nosotros esa 'manera o rasgo común de ver las cosas', que se reputa como versión flexible o genérica de una 'escuela' y, en todo caso, una larga experiencia intelectual de trabajo conjunto en equipos de investigación". PÉREZ LUÑO, A. E., "Prólogo" a *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica* cit., p. 15. Vid. también PUY MUÑOZ, F. y A. LÓPEZ MORENO (coords.), "Prólogo" al *Manual de Teoría del Derecho* cit., p. 25. "La unidad de fondo está garantizada con un método ecléctico matizado de iusnaturalismo, o si se quiere, de ese conjunto de iusnaturalismos que atraviesan la historia de la jurisprudencia y que le prestan su color occidental y cristiano a la filosofía perenne".

¹⁷ "Finalmente, se mantiene también el carácter de empresa colectiva, con todas las virtudes y defectos que ello implica; virtudes, como la de haber permitido reunir a la mayor parte de los profesores numerarios (a todos los que lo eran cuando se inició el trabajo) de Teoría y Filosofía del Derecho de la Universidad Castilla-La Mancha, tanto en su esfuerzo investigador como, sobre todo, en el desarrollo cada día más uniforme de los programas docentes; pero también defectos, como la falta de homogeneidad e incluso las contradicciones, consecuencia inevitable de los plurales enfo-

Más aún, en ocasiones se aduce que esos “inconvenientes” no son tales sino que, muy por el contrario, acaban redundando en ventajas para el alumno, por cuanto lo obligan a “elegir lo que estime más coherente”.¹⁸ Con lo cual, este tipo de manuales no sólo parecen abundar en la tendencia a la asunción de una forma no solipsista de la labor iusfilosófica, sino que parecen extremarla al ampliar los sujetos de dicha labor: los propios alumnos, a quienes, de ese modo, se obliga a participar activamente en la docencia iusfilosófica. Remedando a Kant, se trataría de “textos” que, lejos de pensar por el alumno, lo obligan a ello.¹⁹

Por cierto que esa misma tendencia a la participación de los estudiantes puede apreciarse incluso en obras de autoría individual en las que, de un modo y otro, también se reivindica²⁰, con lo cual, y resumiendo, parece que los cambios en manuales, libros de texto, lecciones... de nuestra comunidad iusfilosófica son más significativos de lo que a primera vista pudiera parecer, pues en ellos pueden apreciarse, junto a la tendencia, tradicionalmente y aún hoy dominante, a una concepción solipsista de la docencia iusfilosófica, síntomas claros de la emergencia de una nueva concepción. Una concepción que ve en la empresa iusfilosófica una tarea colectiva asumida no como remedio a una, más o

ques y concepciones de sus cuatro autores, pluralidad que, al menos, en relación con los aspectos de fondo, ni siquiera ha pretendido ser eliminada”. BETEGÓN *et al.*, *Leciones de Teoría del Derecho* cit., pp. XIII y XIV.

Vid. también GARZÓN VALDÉS, E. y F. LAPORTA, “Introducción” a *El Derecho y la justicia* cit., p. 13. “Ni siquiera es preciso decir que cada autor se ha expresado en su trabajo de acuerdo con sus criterios, sin que hayamos pretendido en ningún momento uniformidad de tipo alguno”.

¹⁸ PUY MUÑOZ, F. y A. LÓPEZ MORENO (coords.), “Prólogo”, en *Manual de Teoría del Derecho* cit., p. 25.

¹⁹ “Tengo a mi disposición un libro que me presta su inteligencia...” KANT, “¿Qué es Ilustración?”, en *Filosofía de la Historia*, Madrid, FCE, 1992, p. 25.

²⁰ Vid., por ejemplo, DÍAZ, E., *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 9. “De lo que se trata ahora es, pues, de hacer de la necesidad virtud y de aprovechar bien los cuatro meses escasos concedidos a la pobre filosofía. No digo que dar ya redactada a los estudiantes parte de los apuntes –pues depende, además, de lo que ahí se diga– sea el único ni, tal vez, el mejor camino para ello. Yo también conozco otros dotados de mucha más alta excelencia y los practico en la medida en que materialmente puedo hacerlo, en especial, a través de una mayor y más activa participación directa de los estudiantes”.

menos presunta, incapacidad para la elaboración de una completa iusfilosofía personal, sino como la más apropiada y que además, incluso, trata de hacer de los alumnos sujetos partícipes en ella.

3. CUESTIONES

Ahora bien, las conclusiones a que acaba de llegarse no dejan de ser provisionales, pues, hasta aquí, no hemos examinado más que uno de los aspectos en los que cabe apreciar cambios en nuestra comunidad iusfilosófica omitiendo toda referencia al cambio quizás más relevante en lo que a la metodología docente respecta: la aparición de libros con preguntas y ejercicios destinados a los alumnos, y ello tanto en obras de autoría individual²¹ como colectiva.²² Un cambio, probablemente propiciado por la obligatoriedad de clases prácticas, paralelo al que acaba de ilustrarse en relación con los “textos” y que, por ello mismo, obliga a recalcar aún más la provisionalidad de las conclusiones recién reseñadas.

Por cierto que no se trata de una novedad exclusiva de la comunidad iusfilosófica, dado que también aparece en textos de filosofía general. Textos donde, al final de cada capítulo, se propone al lector un *memorandum* de cuestiones, y ello no sólo para que repita por sí mismo la indagación que acaba de leer, sino asumiendo que quizás esa indagación propia lo lleve a conclusiones opuestas a las del autor.²³

²¹ Por citar algunos, ATIENZA, M., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993; CALDO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1992; ELÓSEGUI ITXASO, M., *Materiales de prácticas de Teoría del Derecho*, Zaragoza, Prentas Universitarias de Zaragoza, 1998; NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983; ROBLES MORCHON, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Madrid, Civitas, 1998; TORRES RUIZ, J. R., *Tests de Historia de la Filosofía Jurídica y Política. I. Antigüedad grecorromana*, Barcelona, PPU, 1991. En este apartado podría incluirse también la obra de FERNÁNDEZ GALIANO, A. y B. DE CASTRO CID, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho natural*, Madrid, Universitas, 1999. Pues si bien, en cuanto que son dos autores, habría de incluirse en el apartado de las obras colectivas, la autoría asumida por cada uno de ellos, por así decirlo, una de las dos “asignaturas” que incluye el libro *Teoría del Derecho y Derecho natural*, parece justificar su inclusión entre las obras de autoría individual.

²² Así, por ejemplo, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.), *Textos básicos de Teoría del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1994; AÑÓN ROIG, M. J. et al., *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

²³ Vid. SAVATER, F., *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 12.

No parece preciso insistir en que ello parece abundar en la tendencia a una concepción no solipsista a la que venimos aludiendo, y no ya en lo que toca a la iusfilosofía, sino a la filosofía a secas, a la filosofía en general. Abundamiento tanto mayor cuanto que esa concepción no solipsista de la labor filosófica se asume señalando explícitamente sus presupuestos: una concepción de la filosofía no como revelación hecha por quien lo sabe todo al ignorante, sino como “diálogo entre iguales que se hacen cómplices en su mutuo sometimiento a la fuerza de la razón y no a la razón de la fuerza”,²⁴ la consiguiente reivindicación del modo filosófico originario: el diálogo,²⁵ decidiéndose a tratar al otro como si fuera también filósofo²⁶, y las correspondientes implicaciones políticas democráticas.²⁷

Desde luego, no es nuestro propósito examinar aquí las tendencias que, hoy por hoy, pueden observarse en la filosofía en general, implicaciones y presupuestos, sino mucho más modestamente, las que se observan en nuestra comunidad iusfilosofica; con lo que lo precedente ahora es, si se quiere y como máximo, reseñar el ejemplo que acaba de mostrarse

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ “Pero, con Platón, la filosofía presenta su radical instalación en el lenguaje; en el lenguaje propiedad de una comunidad, objeto de controversia y de análisis. Los diálogos de Platón constituyen, por ello, una de las formas más originales, a través de la que nos ha llegado la filosofía. Platón aproximó lo que suele denominarse pensamiento como posible género literario, sino como manifestación de un espacio mental en el que concurría el lenguaje, de la misma manera que en el espacio de la Polis concurría la vida. Así, consecuente con la realidad de la época, Platón llevó a cabo, para hablarnos de las ideas, la casi contradictoria operación de ‘escribir’ diálogos. Porque un diálogo es, en principio, el puente que une a dos o más hombres para, a través de él, exponer unas determinadas informaciones e interpretaciones sobre el mundo de las cosas y de los significados. En este sentido podríamos decir que, para la filosofía, ‘en principio fue el diálogo’, o sea, la presencia viva y originaria del Logos”. LLEDÓ, E., “Introducción general a Platón”, en *Diálogos*, Madrid, Gredos, 1981, p. 13.

²⁶ SAVATER, *Las preguntas de la vida* cit., p. 65.

²⁷ Vid. también LLEDÓ, “Introducción general a Platón”, en *Diálogos* cit., p. 14. “Fruto de la democracia que se había iniciado en el siglo V a. C., el diálogo supuso la eliminación del lenguaje dogmático. La verdad se desvelaba no en el imperio del sacerdote o del rey, sino en la coincidencia de los hombres, en el enfrentamiento de sus opiniones, en las que no había, en principio, nadie que administrase ese discurso, que lo impusiese desde el espacio privilegiado de un monólogo sin respuesta”.

en la filosofía general como refuerzo de la tendencia no solipsista que venimos apreciando en nuestra comunidad iusfilosófica.

Ahora bien, ese ejemplo tiene, en lo que nos toca, alguna virtualidad más y, ciertamente, parece obligarnos a matizar alguna de las conclusiones a que antes llegamos. En concreto, la conexión que, con cierta ligereza, establecimos entre obras de autoría individual y concepción solipsista del quehacer iusfilosófico, de un lado, y obras de autoría colectiva y concepción no solipsista, de otro. Conexión puesta ahora en cuestión al menos en lo que a las obras de autoría individual con preguntas y ejercicios respecta, pues tales obras parecen responder a una concepción no solipsista, más o menos acentuada, lo que nos obliga a volver sobre nuestros pasos y examinar con mayor cautela ese tipo de obras.

Yendo a ello, cabe constatar que en los manuales de autoría individual con preguntas y ejercicios, tales preguntas y ejercicios suelen integrarse en el propio manual si bien con diferencias notables que conviene analizar y que confirman la ligereza de nuestro análisis anterior. Y, en efecto, no parece irrelevante que las preguntas y ejercicios se sitúen bien al final de cada capítulo, bien en bloque, al final de todos los capítulos correspondientes a la, por así llamarla, parte teórica del manual.²⁸

En el primer caso, con las preguntas y ejercicios al final de cada capítulo, parece abonarse a una tendencia a la concepción no solipsista o, al menos, a una mayor participación del alumno. Tendencia, por cierto, más o menos acentuada en la que, y ello abunda todavía más en nuestra ligereza, cabría establecer matices; pues no es, obviamente, irrelevante que, por ejemplo, la materia se divida en seis o siete capítulos con los seis o siete apartados correspondientes de preguntas y ejercicios²⁹ a que

²⁸ Atienza incluye al final de cada uno de los capítulos de su libro *Tras la justicia* una serie de "Cuestiones", al igual que C. S. Nino al final de cada uno de los capítulos de su *Introducción al análisis del Derecho* cit., y que G. Robles al final de cada una de las lecciones de su *Teoría del Derecho*. M. Calvo, por su parte, divide el texto de su *Teoría del Derecho* cit., en dos partes: una teórica, caps. I-VI, y otra de ejercicios prácticos, caps. VII-X, que se corresponde, grosso modo, con los capítulos de la parte teórica.

²⁹ Las obras de Atienza y Nino citadas en la nota anterior constan respectivamente de seis y siete capítulos.

se divida en cincuenta y nueve lecciones con las correspondientes preguntas y ejercicios al final de cada una de ellas.³⁰

El, por así llamarlo, “grado de construcción” del texto de la asignatura, así como el grado de participación que se demanda de los estudiantes, es obviamente diferente en un caso y otros.³¹

Dejando las conclusiones que se derivan de semejantes diferencias para cuando procedan y pasando a los manuales de autoría individual en los que hay dos bloques perfectamente diferenciados: texto por un lado y preguntas y ejercicios por otro, no al final de cada capítulo sino en bloque, no parece preciso insistir en que semejante ubicación parece quebrar la tendencia a una concepción no solipsista que venimos ligando, en general, a los textos de autoría individual con preguntas y ejercicios.

Y, en efecto, en este tipo de textos estaría, de una parte, la iusfilosofía más o menos acabada del autor en cuestión, en bloque, con un considerable grado de construcción del texto, y de otra, asimismo en bloque, los ejercicios y preguntas a los alumnos; ejercicios y preguntas con un valor obviamente diferente, desde ese punto de vista, al que tendrían de estar situados al final de cada capítulo. Huelga decir que ello parece abundar más bien en la concepción solipsista del quehacer iusfilosófico y ello tanto más cuanto que, a veces,³² las preguntas y ejercicios ni siquiera tienen la misma extensión capitular que la parte teórica.

Con todo lo cual parece que debemos matizar la conclusión a que antes llegábamos, pues si no parecía acertado ligar, sin más, obras de autoría individual con concepción solipsista de la docencia iusfilosófica, dada la presencia en alguna de ellas de preguntas y ejercicios, tampoco cabe incluir a todas estas últimas en la tendencia a una concepción no solipsista.

Y, en efecto, como acaba de verse, algunas parecen decantarse más hacia la concepción solipsista, si bien no en su versión más fuerte. De

³⁰ ROBLES, *Teoría del Derecho* cit., incluye ejercicios, al final de cada una de las cincuenta y nueve lecciones de su obra. Su texto consta de 376 páginas, mientras que, por ejemplo, el de Nino tiene 467.

³¹ Robles justifica la ausencia de epígrafes en su texto en la finalidad de “hacer trabajar activamente” a los estudiantes. Vid. *Teoría del Derecho* cit., p. 15.

³² CALVO, *Teoría del Derecho* cit., por ejemplo, dedica seis capítulos a la parte teórica, caps. I-VI, y cuatro a la de ejercicios prácticos, caps. VII-X.

modo que habría que hablar más bien de una graduación según la cual las obras de autoría individual sin preguntas y ejercicios parecen responder a una concepción solipsista, las que incluyen texto y preguntas por separado, en bloques separados, estarían asimismo dentro de ese planteamiento aunque de forma más débil y, por fin, las que incluyen preguntas y ejercicios al final de cada capítulo, se decantarían, al parecer, hacia una concepción no solipsista y ello tanto más cuanto menor fuera la extensión de los capítulos, el grado de construcción del texto, y, correlativamente, mayor el número de preguntas y ejercicios.

Podría pensarse que, con esto, disponemos ya de un mapa completo de los cambios que, en relación con la metodología docente, se aprecian en nuestra comunidad iusfilosófica y que procedería pasar a las conclusiones pertinentes, pero ello parece prematuro pues, y volvemos a abundar en nuestra ligereza, estamos omitiendo un análisis: el de las obras colectivas con preguntas y ejercicios dirigidos a los alumnos.

Y en efecto, se recordará que, más arriba, llegamos a ligar tales obras colectivas, sobre la base de diversos textos individuales, con la tendencia a una concepción no solipsista del quehacer iusfilosófico. Sin embargo en aquel análisis no hicimos distinción entre obras colectivas con o sin preguntas y ejercicios, lo cual, a la vista de las conclusiones a que acaba de conducirnos el análisis de las obras de autoría individual con ejercicios, resulta una deficiencia más por nuestra parte que urge corregir.

Con todo, podríamos aducir en nuestro descargo que esa falta de distinción estaba más que justificada puesto que, cuando existen preguntas y ejercicios correspondientes a algunas de esas obras de autoría colectiva, suelen aparecer al margen de la obra en cuestión; al margen por así decirlo del "texto de la asignatura", en un libro diferente.³³ Y, en efecto, no hay, hasta donde llega nuestro conocimiento, obras colectivas que incluyan tanto el texto, la materia de la asignatura, como las preguntas y ejercicios dirigidos a los alumnos, con lo que nuestra ligereza en el análisis apenas si podría considerarse tal.

³³ Así, por ejemplo, AÑÓN ROIG, M. J. *et al.*, *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho* cit.

Ahora bien, eso no pasaría de una mera circunstancia atenuante pues tal dato, a la vista de los anteriores análisis, es sumamente relevante y ello hasta el punto de obligarnos a cuestionar la conexión que más arriba establecimos entre obras de autoría colectiva y tendencia a una concepción no solipsista de la iusfilosofía. Y, en efecto, parece que el caso de los textos colectivos con preguntas y ejercicios en otros textos se asemejaría al caso de los manuales de autoría individual que incluyen preguntas y ejercicios pero no al final de cada capítulo sino en un bloque compacto, al final de la obra. Textos que como vimos habría que considerar no como exponentes de la tendencia a una concepción no solipsista, como a primera vista podría parecer, sino más bien de la solipsista, aunque desde luego en una versión más débil que la de los textos de autoría individual que no incluyen ejercicios.

Pero no parece que podamos equiparar uno y otro tipo de obras sin más, siquiera sea porque el grado respectivo de construcción del texto varía considerablemente y, en efecto, en un caso se trata de un "texto" de autoría individual, con un grado considerable de construcción del texto, y en el otro de un "texto" a base de "textos" individuales, contradicciones, falta de uniformidad... incluidas y asumidas.

Y no sólo eso, cabe dudar de la posibilidad misma de equiparación, pues parece arriesgado situar en una misma categoría, en lo que aquí respecta, obras que incluyen las preguntas y ejercicios correspondientes aunque sea en posición secundaria, y obras cuyas correspondientes preguntas y ejercicios están físicamente separados, apareciendo en otros libros, en otros soportes diferentes. La inclusión y la separación material respectivas, con todo lo que ello comporta, obliga ciertamente a distinguir ambas clases de textos.

En otras palabras, si bien en los textos de autoría individual que incorporan preguntas y ejercicios al final de la obra cabría apreciar no sólo la tendencia solipsista, implícita en la construcción individual del texto, sino también cierta tendencia a la concepción no solipsista, por la presencia de preguntas y ejercicios, en las obras colectivas con preguntas y ejercicios en textos aparte cabría apreciar la tendencia a la concepción no solipsista, implícita en la construcción colectiva del texto, pero también un rebajamiento de esa tendencia al separar físicamente el "texto" de la asignatura y las preguntas y ejercicios correspondientes.

Y ello tanto más cuanto que esa separación física no sólo suele comportar distancia intelectual, pues tales libros de preguntas y ejercicios suelen considerarse mero complemento de la parte teórica³⁴ o destinarse a clases prácticas³⁵, sino que, en consecuencia, a veces no hay coincidencia entre los autores del “texto” de la asignatura y los del texto de preguntas y ejercicios, que se encargan a profesores ayudantes. Huelga extenderse en todo lo que ello implica a nuestro respecto.³⁶

En definitiva, y resumiendo, parece que disponemos ya del mapa completo de los cambios que pueden apreciarse en nuestra comunidad iusfilosófica en relación con la metodología docente. Cambios, ciertamente, de una riqueza y variedad mayor de lo que suponíamos, pues, a la vista de lo anterior no cabe hablar sin más de libros de autoría individual y libros de autoría colectiva, con las, en principio, tendencias respectivas a una concepción solipsista y otra no solipista a partir del diferente grado de construcción del texto, sino que resulta obligado examinar las diferentes variedades que se producen en uno y otro caso.

³⁴ Vid. AÑÓN ROIG, M. J. *et al.*, *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho* cit., p. 9. Los materiales y ejercicios que a continuación presentamos han sido elaborados como complemento didáctico del programa de Teoría del Derecho.

³⁵ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Introducción”, en *Textos básicos de Teoría del Derecho* cit., p. 13. “...los materiales que se presentan aquí constituyen una colección representativa de los elementos de trabajo utilizados en las clases prácticas de la asignatura de Teoría del Derecho por los miembros del Área de Filosofía del Derecho, Moral y Política, de la Universidad Carlos III de Madrid, desde el curso 1989-90”.

³⁶ “En este punto, cabe señalar que, en relación con el docente, las clases prácticas requieren un importante esfuerzo y preparación. Parece que en nuestras facultades ha sido tradicional el criterio según el cual se dejaban estas clases en manos de ayudantes y profesores noveles, de acuerdo con planteamientos que las consideraban simples o sencillas. Sin embargo, puede ser conveniente no ignorar que, precisamente en las clases prácticas, en las que se pretende una distinta actitud por parte del alumno, y en las que los esquemas pedagógicos deben ser más flexibles que en las clases teóricas, el profesor puede encontrarse sometido a muchas más preguntas, cuestiones o dudas. Necesariamente, debe estar en condiciones de afrontarlas y de conducir eficaz y provechosamente el desarrollo de las clases. Evidentemente, la capacidad para ser un buen profesor de clases prácticas presupone el ágil dominio de un programa”. ANSUÁTEGUI ROIG, *Introducción a textos básicos de Teoría del Derecho* cit., pp. 11 y 12.

Y así, en lo que toca a los libros de autoría individual habría que distinguir entre libros con o sin preguntas, y, en relación con aquéllos, con los que incorporan preguntas, los que las sitúan al final de cada capítulo y los que lo hacen al final de toda la obra, con las consiguientes repercusiones en cuanto a la gradación en la tendencia a una concepción no solipsista de la asignatura. Por fin, también habría que subdividir los que incorporan preguntas al final de cada capítulo, según el grado de construcción del texto: mayor o menor número de capítulos, ausencia o presencia de epígrafes..., y el consiguiente grado de demanda de participación de los estudiantes.

Los libros colectivos, por su parte, habrían de subdividirse en principio según el grado mayor o menor de aceptación implícita o explícita de una concepción no solipsista y luego en con o sin preguntas y ejercicios correspondientes. División esta última que, como acaba de verse, lleva a considerar los libros colectivos que se acompañan, en otro texto, de preguntas y ejercicios en un grado de aceptación de la concepción no solipsista inferior al de los libros colectivos que no incorporan, en modo alguno, preguntas y ejercicios.

Pero a todo esto, y una vez más, nuestro análisis resulta deficiente pues, hasta aquí, hemos omitido un aspecto que, a la vista de las divisiones y subdivisiones que acaban de reseñarse, quizás no sea baladí. Y, ciertamente, no hemos prestado atención alguna al hecho de que los libros con preguntas y ejercicios destinados a los alumnos presentan asimismo diferencias notables y, en concreto, una que puede afectar a las conclusiones que acabamos de derivar.

En efecto, hay textos, de autoría tanto individual como colectiva, que incluyen no sólo preguntas sino también las respuestas correspondientes,³⁷ lo que, obviamente, parece presuponer un alto grado de construcción del texto de referencia dado que cabe una solución unívoca, “correcta”, de las cuestiones planteadas con la consiguiente asunción de una concepción solipsista de la docencia iusfilosófica.

³⁷ Así el texto de ATIENZA, M. y *et al.*, *244 Preguntas de introducción al Derecho*, cit., se divide en una parte de preguntas (pp. 9-75) y otra de respuestas (pp. 79-108). También el libro de TORRES RUIZ, *Tests de Historia de la Filosofía Jurídica y Política. I, Antigüedad grecorromana* cit., incluye las soluciones de los tests.

Por contra, otros textos, tanto de autoría individual³⁸ como colectiva,³⁹ incluyen preguntas y ejercicios sin que se dé la solución, lo que parece abundar en una concepción no solipsista, más o menos acentuada, de la docencia iusfilosófica. Más aún, en ocasiones, se reconoce abiertamente que no se conocen algunas respuestas,⁴⁰ e incluso, en el extremo, se admite llanamente que “la mayor parte de los problemas que se plantean no pueden recibir una respuesta definitiva y unívoca”...⁴¹ Huelga señalar las implicaciones que a nuestro respecto se derivan.

Con todo lo cual, en efecto, parece que debemos admitir que nuestro mapa no era todo lo completo que debiera y que la subdivisión entre libros colectivos e individuales con preguntas según la diferente ubicación e importancia correlativa que antes realizamos debe entrecruzarse con la subdivisión que acabamos de realizar entre libros que incorporan respuestas “correctas” o unívocas y libros que dejan las cuestiones “abiertas”, pasando, por fin, a derivar las conclusiones pertinentes.

3. CUESTIONES Y TEXTOS

Pero ello sería precipitado pues, abundando, esperemos que por última vez, en nuestra ligereza, resulta que el mapa que venimos trazando resulta incompleto al omitir un tipo de textos que parecen llevar al extremo las tendencias hacia una concepción no solipsista de la docencia iusfilosófica aquí esbozadas. Más aún, quizás no sólo incompleto sino también inexacto pues los textos hasta aquí omitidos parecen romper con las coordenadas mismas, con los presupuestos que subyacen a lo hasta aquí expuesto.

³⁸ NI ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, cit., ni CALVO, *Teoría del Derecho*, cit., ni ROBLES, *Teoría del Derecho*, cit., facilitan las soluciones a las cuestiones planteadas.

³⁹ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG *et al.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., y AÑÓN ROIG *et al.*, *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho* cit.

⁴⁰ Así, NINO, *Introducción al análisis del Derecho* cit., p. XIV: “...para tranquilidad de los estudiantes, tengo que confesar que no sé cómo contestar algunas de esas preguntas”, o ROBLES, *Teoría del Derecho* cit., p. 15. “A la tarea de estudio también te ayudarán los ejercicios que siguen a cada capítulo; algunos de ellos son francamente difíciles”.

⁴¹ AÑÓN ROIG *et al.*, *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, cit., p 10.

Y, en efecto, se trata de, por decirlo de algún modo, “textos”⁴² en los que las preguntas y los ejercicios no son posteriores al, por así llamarlo, “texto” de la asignatura, como en todos los manuales hasta aquí aludidos, sino previos y en los que propiamente no hay un texto más o menos construido sino una suerte de selección de textos de diferentes autores que vienen, al parecer, a proporcionar, en su caso, una posible ilustración para una posible respuesta a la pregunta en cuestión. Todo lo cual hace sumamente difícil incluir este tipo de obras en alguna de las categorías que hemos venido dibujando.

Ciertamente, en la medida en que tales obras vienen firmadas por varios autores parece que su lugar natural sería el de los textos de autoría colectiva, a base de diversas aportaciones individuales, pero ello es más que dudoso, pues, como acaba de indicarse, no hay propiamente aportación individual de un texto, más o menos construido, al conjunto, sino, más bien, una selección conjunta de textos de diversos autores.

Tratando de forzar las cosas, podría argüirse que tales textos sí habrían de incluirse en los de autoría colectiva, por cuanto que, además de esa autoría conjunta de la selección de los textos, hay una autoría colectivamente asumida de las preguntas y ejercicios, con lo que habría una doble asunción de la concepción no solipsista de la labor iusfilosófica. No parece preciso insistir en lo forzado de semejante argumentación que, por lo demás, alguna virtualidad debía tener, parece llevar a concluir que el lugar natural de tales “textos” sería el de las obras de preguntas y ejercicios destinados a los estudiantes.

Sin embargo, también esa adscripción resulta más que dudosa toda vez que no parece haber ningún texto de referencia, con un mínimo grado de construcción, al que se remitan, a diferencia de lo que, como vimos, solía ocurrir en tal tipo de textos. Podría aducirse, con todo, que ése sí que sería el lugar más apropiado para este tipo de textos pues ya hacemos alusión, más o menos implícita, a obras de preguntas y ejercicios sin texto explícito de referencia,⁴³ pero ello, al margen de servir de prueba,

⁴² Vid. GONZÁLEZ SOLER, D. *et al.*, *Cuestiones y textos de Filosofía y Teoría del Derecho*, Madrid, Reus, 1993; *Cuestiones y textos de Historia de la Filosofía del Derecho, Moral y Política*, Madrid, Reus, 1995, y *Cuestiones y textos de Historia de la Filosofía del Derecho, Moral y Política del Renacimiento a Kant*, Madrid, Dykinson, 1997.

⁴³ Vid., por ejemplo, ANSUÁTEGUI, F. J. *et al.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit.

una vez más, de nuestra ligereza, no es pertinente, dado que, en este caso, las preguntas y ejercicios son anteriores a los textos, a diferencia de lo que ocurre en las demás obras que incorporan, de un modo u otro, tales preguntas y ejercicios.

En realidad, tal tipo de obras parece que habrían de incluirse en una nueva categoría que aunase características tanto de las obras de autoría colectiva, a base de diversos textos individuales, como de las colectivas de preguntas y ejercicios.

Y, en efecto, en relación con estas últimas, parece que las obras que ahora estamos tratando de clasificar van más allá, por cuanto que no asumen el rebajamiento implícito o explícito que, como vimos, suelen padecer ese tipo de obras, al relegarse bien a mero complemento didáctico de la explicación teórica, bien al ser redactadas por profesores de inferior categoría, sino que, muy por el contrario, se reivindicán, de algún modo, como "texto", ciertamente a construir, de la asignatura.

En cuanto a las obras colectivas a base de diversas aportaciones individuales, parece claro que las que ahora nos ocupan también van más allá precisamente en la asunción de la tendencia no solipsista de la docencia iusfilosófica. Una asunción, con la consiguiente demanda de participación del alumno, que parecen extremar hasta el límite.

Y, en efecto, no parece preciso, aquí y ahora, rastrear en la mayéutica socrática o indagar en la hermenéutica contemporánea para poner de relieve todas las implicaciones de utilizar, como punto de partida, "preguntas" en vez de un texto con un mínimo grado de construcción.⁴⁴ Tampoco parece preciso insistir en lo que ello supone de cara a los alumnos, pues semejante proceder parece comportar una demanda directa a su participación, a -si se quiere- una primera aportación, por su parte, de material para la construcción colectiva del "texto" de la asignatura.

Un modo de construcción que, por lo demás, reivindica claramente el modo filosófico dialógico al que más arriba nos referimos; un diálogo en el que entran también los textos escogidos y que parece implicar aquel tratar a los otros, alumnos incluidos, como filósofos, a la que también más arriba hicimos alusión.

⁴⁴ Vid., por todos, GADAMER, H. G., *Verdad y método*, vol. 1, Salamanca, Sígueme, 1996, pp. 439 y ss.

Un modo de construcción, en fin, que parece reivindicarse asimismo como tal, como mero modo, como construcción perpetua..., pues uno de sus objetivos parece ser, precisamente, el de propiciar nuevas preguntas,⁴⁵ asumiendo, así, que preguntar es más difícil que contestar⁴⁶ y, con ello, una determinada concepción, no ya sólo de la iusfilosofía, sino de la filosofía en general.⁴⁷

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Pero, a todo esto, parece claro que nuestro mapa de las modificaciones observables en nuestra comunidad iusfilosófica en relación con la metodología docente no resultaba del todo exacto y que, además de las diversas variedades que al respecto hemos encontrado: textos de autoría individual o colectiva, con preguntas o sin preguntas y ejercicios, incorporados al final del capítulo, del texto, o en otro texto, con o sin solución..., deberíamos haber indagado con mayor detenimiento los presupuestos implícitos en cada una de ellas. Puede, sin embargo, que para ello no baste con un observador, más o menos externo, de esa comunidad.

⁴⁵ GONZÁLEZ SOLER *et al.*, *Cuestiones y textos de Filosofía y Teoría del Derecho*, cit., p. 13. Vid. también SAVATER, F., *El valor de educar*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1997, pp. 163 y 164. "Y en especial se ha de potenciar en quienes aprenden la capacidad de preguntar y preguntarse, esa inquietud sin la cual nunca se sabe realmente nada aunque se repita todo. Una de las constataciones más alarmantes de la enseñanza actual es que los maestros de párvulos se ven agobiados por lo mucho que preguntan los niños, mientras que los de universidad nos quejamos porque jamás preguntan nada. ¿Qué ha ocurrido en esos años que separan la escuela de las facultades para que se les pasen las gozosas ganas de inquirir...?"

⁴⁶ "Uno de los más importantes descubrimientos que aporta la presentación de Sócrates por Platón es que, contrariamente a la opinión dominante, preguntar es más difícil que contestar". GADAMER, *Verdad y método* cit., vol. 1, pp. 439 y 440.

⁴⁷ MUGERZA, J., *Desde la perplejidad*, México-Madrid, FCE, 1990, p. 46. "...la filosofía apenas es más que un conjunto de cuestiones incesantemente planteadas y vueltas a replantear, de problemas siempre abiertos, de perplejidades que nos asaltan una y otra vez: el suplicio de Tántalo, el castigo de Sísifo o la condena de las Danaides son, en verdad, los mitos emblemáticos del oficio".

La Sociología del Derecho en la formación jurídica*

JAN R. SIECKMANN**

El tema de este trabajo es un análisis de la situación de la Sociología del Derecho en la formación jurídica, en particular, en Alemania. Los motivos para tratar este tema son dos. Por un lado, responde a un interés teórico sobre la pregunta acerca de cuáles son las concepciones más adecuadas de formación jurídica. Por otro lado, analiza una tendencia en los procesos recientes de reforma de los planes de estudio de la abogacía y que habla de la marginalización de las disciplinas teóricas, como la Sociología del Derecho. La formación jurídica en las facultades de Derecho de Alemania es víctima de este proceso de marginalización. Así y en contra de esta tendencia se preguntará acerca de cuáles son los argumentos a favor y en contra de la inclusión de la Sociología del Derecho en el *curriculum* de los estudios del derecho.

I. TRAS LOS RASTROS DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO EN LA FORMACIÓN JURÍDICA

La formación jurídica fue reformada en Alemania.¹ Las reformas rigen para los exámenes de estado² a partir del año 2007.³ Por eso es necesario

* Este trabajo fue presentado en una versión anterior en el VI Congreso de Sociología Jurídica, Comisión 8: *Enseñanza del Derecho y profesiones jurídicas*, Buenos Aires, 2005.

** Abogado y doctor en Derecho Universidad Göttingen, tesis de habilitación (Universidad Kiel), profesor en Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bamberg, Alemania; desde octubre de 2007, profesor visitante de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires/DAAD.

¹ Esta reforma es discutida, por ejemplo, por BULL, 2005; BURGI, 2003; GILLES y FISCHER, 2003; WINDEL, 2003; SCHÖBEL, 2004. Cfr. también BRYDE, 2002; STOLLEIS, 2001; WASSERMANN, 2001.

² Se trata del primer examen de estado y del segundo examen de estado. Sólo este último habilita para el ejercicio de la profesión de abogado.

³ Para un análisis de la implementación de la reforma, C. ROLFS/S. ROSSI-WILBERG, 2007, pp. 297 y ss.

ver la situación con anterioridad y posterioridad a la reforma para poder evaluarla respecto de la inclusión/exclusión de las llamadas disciplinas teóricas. Además, hay que advertir que cuando hablamos de “la reforma”, hacemos referencia a la contenida en la ley federal marco; es decir, al conjunto de pautas básicas sobre el tema. Esta ley debe ser reglamentada en detalle por los estados federados (*Länder*). Por eso, la descripción de la reforma será general sin atender los particularismos de las reglamentaciones estatales.

Según las reglamentaciones de los estados federados antes de la reforma, la Sociología del Derecho parecía tener un lugar apreciable en el *curriculum* de los estudios del derecho. Si bien el objeto del primer examen de estado incluía en primer lugar las disciplinas dogmáticas (es decir, el Derecho Civil, el Derecho Penal y el Derecho Público), se consideraban, además, en sus relaciones con los fundamentos metodológicos, filosóficos o sociales. Según esas reglamentaciones era condición para ser admitido para el primer examen de estado que se hubiera participado en –y aprobado– un curso de una asignatura de formación básica, que podía ser por ejemplo un curso en Historia del Derecho, Filosofía del Derecho o Sociología del Derecho. Además, la materia Sociología del Derecho era reconocida como asignatura optativa para el examen de estado, aunque no solo, sino en conjunto con Filosofía y Teoría del Derecho. Sin embargo, estas asignaturas básicas o fundamentales (*Grundlagenfächer*) se ubicaban en los márgenes de la formación jurídica. Porque eran solamente una opción, varios estudiantes –y profesores– consideraban que no era necesario estudiarlas.⁴ El jurista en Alemania necesitaba estudiar alguna de las materias básicas, pero sólo una, y éstas no necesariamente formaban parte del primer examen de estado.

Así, si la situación de la Sociología del Derecho en el *curriculum* formal no parecía ser tan buena, la realidad de la formación jurídica era aun peor. Desde hace un tiempo –y aun más con la reforma–, la Sociología del Derecho y también las otras disciplinas teóricas sufren la marginalización a causa del predominio –siempre en crecimiento– de las disciplinas dogmáticas en la formación jurídica. Esta tendencia resulta por

⁴ Por cierto existen estudiantes, los menos, que no sólo cursan la carrera de Derecho, sino que siguen los postulados de la universidad humboldtiana y realizan estudios de grado en otras carreras como Filosofía o Sociología.

la aparición y el crecimiento de nuevas asignaturas, como el Derecho de la Unión Europea, el Derecho Empresarial o el Derecho de Protección del Medio Ambiente, pero también por cierta demanda de acercar la formación de los abogados a la práctica jurídica. Por ejemplo, en los años 2003 y 2004 en Baviera apenas poco más del 1% del estudiantado fue evaluado en el primer examen de estado en la materia opcional "Filosofía y Teoría del Derecho; Sociología del Derecho".

Se podría pensar que esta situación podría revertirse en los años entrantes a causa de la reforma reciente de la formación jurídica.⁵ Hasta entonces, los estudios de Derecho terminaban con el primer examen de estado, no con un examen universitario. El examen de estado otorga más importancia a las materias próximas a la práctica jurídica y menos importancia a las materias teóricas. Además, la influencia de los jueces, abogados u otros profesionales en las mesas de los exámenes de estado pone en duda la pretensión científica de la formación jurídica. Con la reforma, el examen estatal no desaparece, pero el examen jurídico global para finalizar la carrera de grado incluye también un examen universitario en una materia opcional (*Schwerpunktbereich*). La definición de las materias opcionales es responsabilidad de las facultades del Derecho, que supuestamente deberían fomentar el carácter científico de los estudios. Esta materia puede ser una del tipo teórica, que incluya el estudio de los fundamentos del derecho como la Sociología del Derecho, la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho. El resultado del examen jurídico se calcula sobre el 70% de la nota del examen estatal, que trata solamente de materias dogmáticas, y sobre el 30% de la nota del examen universitario en la materia opcional. La introducción del examen universitario en la materia opcional con un peso considerable para la nota del examen (global) podría hacer más atractivas las disciplinas teóricas.

Sin embargo, no está claro si la reforma reforzará las materias básicas o fundamentales. La separación de la materia opcional del examen estatal fomenta una tendencia de estudiarla en el tercer año de los estudios universitarios, pero no en forma continua hasta el examen global, lo que puede producir el aislamiento de sus contenidos y la falta de espacios curriculares para reflexionar y analizar críticamente la integración de los

⁵ Cfr. *Gesetz zur Reform der Juristenausbildung* vom 11-7-2002, BGBl. I 2002, Heft 49.

contenidos de las opcionales con las dogmáticas. Además, sigue siendo una constante que los estudiantes prefieren dedicarse al estudio de las asignaturas dogmáticas porque consideran que los posicionan mejor para el ingreso a la vida profesional. En esta línea se inscribe uno de los motivos de la reciente reforma de la formación jurídica. Así, se trataría de acercar la formación jurídica a la práctica jurídica, en particular a la abogacía litigante. Pero además, se trataría de promover que las facultades desarrollen perfiles propios, y admitir una especialización de los estudiantes.

Esta especialización se aleja un poco de la idea del “*Einheitsjurist*”, el “jurista uniforme”, aunque no la abandona. La tradición alemana en la formación jurídica apuntaba a que todos los juristas debían tener la misma formación y manejar las mismas materias, según un ideal, implicaba el manejo de todas las ramas del derecho: el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Laboral, el Derecho Comercial y el Derecho Público, etcétera. Sin embargo, este ideal se alejaba cada vez más de la realidad. La reforma reconoce que una especialización en los estudios universitarios del Derecho es necesaria. Sin embargo, se mantiene la idea del “jurista uniforme” con respecto a las asignaturas básicas del Derecho Civil, Penal y Público, que forman parte de los exámenes obligatorios. Más allá de este piso, la reforma alienta la especialización.

Otro aspecto importante de la reforma es que ella prescribe la formación en “capacidades claves” (*Schlüsselqualifikationen*), como en estrategias de negociación, conducción de conversaciones, retórica, mediación, técnicas de interrogación, capacidad de comunicar, y exige competencia en una lengua extranjera. El objetivo es mejorar la capacitación para la práctica jurídica. Pero no necesariamente fortalece las disciplinas teóricas. La enseñanza de materias teóricas, también llamadas “materias básicas” o “fundamentales”, podría ser considerada necesaria para adquirir capacidades claves de la ciencia y de la práctica jurídica, como la capacidad para la argumentación lógica y del análisis crítico de las argumentaciones, la evaluación de premisas empíricas y de la fundamentación de las pretensiones normativas que se encuentran en las argumentaciones jurídicas. Pero la lista de las “capacidades claves” no recurre ni incluye a estas capacidades (que, sin embargo, son capacidades claves de la ciencia). Por ello, la introducción de nuevas materias y la exigencia de las capacidades

claves para la práctica promueven la marginalización de las materias teóricas. Las materias dogmáticas apenas son reducidas y las exigencias adicionales restringen las posibilidades de estudiar materias teóricas.

Ahora bien, otra pregunta interesante es cuáles serán las universidades que van a poder ofrecer una especialización que incluya la Sociología del Derecho. No todas tienen profesores que están habilitados y calificados para enseñar esta materia. Según la tradición alemana, las cátedras –y profesores– no están dedicados solamente a una materia teórica, sino que las materias teóricas están conectadas con las dogmáticas, y las teóricas normalmente son consideradas como apéndice. Además si se observa cómo se han reemplazado las vacantes docentes en las universidades, entonces la tendencia de los últimos años fue reemplazar cátedras y profesores de las disciplinas teóricas por los de las disciplinas dogmáticas. Y si formalmente existe la habilitación de una cátedra –entre otras materias– para la enseñanza de la Sociología del Derecho, esto no garantiza que el catedrático esté especializado en ésta.

Con respecto a las asignaturas optativas que pueden ofrecer las facultades de derecho,⁶ según un análisis de Rolfs y Rossi-Wilberg del año 2007,⁷ de 41 facultades de Derecho, 23 ofrecen una optativa orientada a los fundamentos del Derecho, que incluye clases en Filosofía del Derecho, Historia del Derecho y otras materias. Pero esto no implica que comprenda cursos en Sociología del Derecho. Solamente 10 facultades tienen un enfoque en los fundamentos del Derecho en general (*Grundlagen des Rechts/der Rechtswissenschaften*). Según información publicada en los portales académicos de las universidades (al mes de mayo de 2008), cinco poseen cursos en Sociología del Derecho (FU Berlin, Frankfurt/Main, Jena, LMU München, Würzburg). En otras facultades la asignatura “Fundamentos del Derecho” comprende solamente contenidos de Filosofía del Derecho y de Historia del Derecho, y deja de lado la Sociología del Derecho, o, por lo demás, está limitada a Derecho Comparado o Historia del Derecho. En cambio, dos facultades tienen materias opcionales más específicas con relación a la Sociología Jurídica. En Hanover, se ofrece

⁶ Por supuesto, cursos en Sociología del Derecho pueden ser ofrecidos por fuera del marco de una materia optativa. Sin embargo, en este caso no se toma como relevante para el examen integrador al final de la carrera universitaria.

⁷ C. ROLFS/S. ROSSI-WILBERG, 2007, pp. 300-307.

como materia optativa referida al desarrollo y la implementación del Derecho. Frankfurt (Oder) tiene un programa transdisciplinario que incluye como opción un curso en Sociología del Derecho.⁸

Es llamativo que casi la mitad de las facultades que ofrecen una especialización en los fundamentos del Derecho en general se encuentran en Baviera. De sus siete facultades del Derecho cinco ofrecen una especialización en los fundamentos del Derecho. Sin embargo, sólo dos incluyen Sociología del Derecho (LMU München, Würzburg).

Además, en la mayoría de los estados federados,⁹ después de la reforma queda como requisito necesario para ser admitido al primer examen de estado o al "examen intermedio" (*Zwischenprüfung*), aprobar una materia de formación básica, pero no necesariamente debe ser Sociología del Derecho. Aunque se requieran conocimientos básicos de las relaciones sociales del derecho, como contenidos relevantes para el examen de estado, es difícil imaginar cómo se pueden examinar estos conocimientos sin exigir que los candidatos la estudien.

En total, la situación de la Sociología del Derecho en las facultades de derecho en Alemania no es alentadora. En realidad, casi no existe y es estudiada por pocos alumnos. Ahora bien, cuando este diagnóstico es el resultado de las decisiones, de una política de educación superior, tomadas por las mismas facultades, nos confrontamos con un problema normativo: ¿está justificada la marginalización de la Sociología del Derecho o no?

II. LA RELEVANCIA DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO PARA LOS ESTUDIOS DEL DERECHO

Podría parecer trivial la tesis que dice que la Sociología del Derecho debe formar parte de los estudios universitarios del derecho. Sin embargo, esto no es evidente. La tendencia hacia la marginalización de la Sociología del Derecho requiere preguntarse por las razones de la inclusión de la Sociología del Derecho en la formación jurídica. Pero, tam-

⁸ En la Facultad de Derecho de Dresden había una especialización: "Derecho y ciencia del Derecho en perspectiva interdisciplinaria". Sin embargo, el estudio de abogacía fue cerrado a partir del año 2008.

⁹ Véase WRASE, 2006.

bién, es necesario analizar los motivos y las concepciones del derecho que fomentan la marginalización de la Sociología del Derecho en la formación jurídica.

Para evaluar la importancia de la Sociología del Derecho, primero es necesario aclarar cómo se define y delimita, y después cuáles son sus contribuciones a la ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*).

1. LA CONCEPCIÓN DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Hay varias caracterizaciones de la Sociología del Derecho. Además se distingue entre la Sociología del Derecho y la Sociología Jurídica:

(1) La Sociología del Derecho como teoría externa del derecho: según esta concepción, la Sociología del Derecho se dedica a analizar e investigar el derecho desde una perspectiva externa, como la del observador.¹⁰ Por el contrario, la dogmática jurídica y la práctica jurídica adoptan una perspectiva interna, en tanto que hacen no solamente aserciones descriptivas o analíticas, sino también juicios normativos, preguntándose qué son las reglas jurídicas y qué es obligatorio en un sistema jurídico para los casos particulares.¹¹ Sin embargo, la perspectiva externa no es suficiente para distinguir la Sociología del Derecho como disciplina. Hay otras disciplinas, por ejemplo la Teoría Económica del Derecho o la Ciencia Política, que también toman una perspectiva externa al derecho.

Además, existe una concepción de la Sociología Jurídica, es decir, aplicada a la jurisprudencia, fundada en investigaciones y conocimientos empíricos.¹² La Sociología Jurídica no se distingue de la dogmática jurídica por la perspectiva externa en contraste con la perspectiva interna, sino por la inclusión de investigaciones empíricas en las teorías jurídicas y sus aplicaciones. Entonces, la Sociología Jurídica está orientada a la formación del derecho. Es normativa, en tanto que pretende encontrar soluciones correctas según el derecho válido y vigente. Además, algunas incluyen concepciones de una tecnología social o "*social engineering*".¹³ Entonces,

¹⁰ Cfr. BLANKENBURG, 1995, pp. 1 y ss.

¹¹ Para la distinción de perspectiva interna y externa, HART, 1994.

¹² Cfr. REHBINDER, 1971, p. 5; RÖHL, 1987, p. 43.

¹³ Por ejemplo Blankenburg, Lautmann, Rotter. Cf. la crítica del carácter normativo o ideológico de estas concepciones en HIRSCH, 1984, p. 29.

en este sentido, la Sociología Jurídica sería una disciplina normativa fundada en investigaciones empíricas, mientras que la Sociología del Derecho sería la investigación del derecho desde una perspectiva externa con métodos empíricos o al menos no-normativos.

(2) La Sociología del Derecho como investigación empírica del Derecho: otra concepción define la Sociología del Derecho por los métodos empíricos que aplica en la investigación del derecho.¹⁴ Sin embargo, no todas las teorías sociológicas son empíricas. Se puede distinguir la sociología teórica y la sociología empírica del derecho.

Las teorías sociológicas del derecho elaboran hipótesis descriptivas del derecho, aunque no necesariamente sean verificables de manera empírica. Algunos ejemplos son las de Max Weber, Emile Durkheim, Eugen Ehrlich, Theodor Geiger y, en la actual discusión, la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Las teorías sociológicas del derecho son un tipo de teorías del derecho, tratan sobre conceptos básicos del derecho, el concepto de las normas o las estructuras del derecho. Cuando no están fundadas en investigaciones empíricas, es difícil separarlas de la Teoría del Derecho en general.

Por otro lado, existe la sociología empírica del derecho, que incluye, por ejemplo, investigaciones de las normas efectivas (vigentes) en el derecho, investigaciones de la aceptación del derecho o de la implementación y eficacia de las leyes, la sociología de los jueces o de las profesiones jurídicas.¹⁵

La definición de la Sociología del Derecho como investigación empírica del derecho ofrece una demarcación más precisa, aunque incompleta.¹⁶ La Sociología del Derecho en sentido estricto, entonces, es caracterizada por los métodos empírico-analíticos. Con eso, la pregunta por la importancia de la Sociología del Derecho puede ser formulada como la de la importancia de las investigaciones empíricas para la dogmática y la práctica jurídicas. En cuanto a que la Sociología Jurídica es entendida como una jurisprudencia informada por investigaciones empíricas, la pregunta tam-

¹⁴ Cf. ROTTLEUTHNER, 1981, pp. 25, 40, 50.

¹⁵ Cf. ROTTLEUTHNER, 1981; RYFFEL, 1974, pp. 170 y ss.

¹⁶ Cf. DREIER, 2000, p. 314.

bién puede ser formulada como la de la necesidad o justificación de la Sociología del Derecho como parte de los estudios del derecho.

2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO EN LA FORMACIÓN JURÍDICA

Desde hace mucho tiempo se discute sobre el lugar de la Sociología del Derecho en la formación jurídica y su relevancia para la dogmática y la práctica jurídicas.¹⁷ En general, los juristas presentan reticencias respecto de la inclusión de la Sociología del Derecho en su formación. Una línea de argumentación duda de que ésta produzca resultados que ayuden al desarrollo de la jurisprudencia. Además algunas concepciones del derecho niegan la relevancia de las investigaciones empíricas para la ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*).

Entre las últimas se destaca la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen.¹⁸ Este autor rechaza no solamente una conexión entre derecho y moral, sino también la relevancia de las premisas empíricas en la argumentación jurídica. La ciencia del derecho debe quedar libre tanto de argumentos morales como de argumentos empíricos.

Paradójicamente, la teoría de sistemas de Luhmann tiene resultados parecidos. Según la concepción del derecho como autopoiético, el sistema del derecho solamente responde a la comunicación en el código binario legal/ilegal.¹⁹ Los hechos empíricos no son directamente relevantes para el sistema del derecho.

Pero también la teoría de H. L. A. Hart, que –según el autor– puede caracterizarse como un “ensayo en sociología descriptiva”,²⁰ y declara la existencia de los sistemas del derecho un “asunto de hecho” (*a matter of fact*),²¹ pronto deja atrás los criterios empíricos. La validez legal de las

¹⁷ Cf. REHBINDER, 1971, V; HIRSCH, 1984, pp. 39 y ss.; RAISER, 1994, pp. 1 y ss. Raiser sugiere la integración de la Sociología jurídica en la ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*) en el sentido de que no solamente busque conocimiento sino también mejoramiento del Derecho. En cambio, ZIEGERT, 1994, rechaza tal integración.

¹⁸ KELSEN, 1960, p. 1.

¹⁹ LUHMANN, 1997b, 43; cf. también BLANKENBURG, 1995, 2 n. 2; DREIER, 2002, p. 310.

²⁰ HART, 1994, ver sin embargo, esta pretensión es severamente criticada por LEITH/MORISON, 2005, 147.

²¹ HART, 1994, p. 110 (1961, p. 107).

normas resulta de la derivación de éstas de la regla de reconocimiento del sistema.²² En consecuencia, los juristas siguen su propia metodología, que es el método tradicional de la interpretación jurídica.²³

Por otro lado, algunas concepciones positivistas que definen el derecho como hecho social llevan a concepciones del derecho que no son adecuadas para la reconstrucción de la perspectiva jurídica. Por ejemplo, tienen que excluir las derivaciones lógicas como argumentos para determinar el contenido del derecho.²⁴ Sin embargo, el trabajo de los juristas consiste en gran parte en argumentaciones de este tipo, y las concepciones empíricas no reflejan estas estructuras de la argumentación jurídica. Por eso no parecen del todo adecuadas.

Resulta algo sorprendente que las concepciones positivistas del derecho no fomenten la relevancia de la Sociología del Derecho para la ciencia del derecho. Por lo contrario, parece que excluyen las investigaciones empíricas como relevantes para determinar el derecho. Esto resulta porque las concepciones positivistas pretenden tratar el derecho existente, pero los métodos jurídicos tradicionales no son empíricos sino hermenéuticos, es decir, una mezcla de argumentos semánticos y normativos. Por ello, si se entiende el derecho existente como determinado por métodos hermenéuticos, no empíricos, no hay lugar para investigaciones empíricas en la jurisprudencia.

En consecuencia, para otorgar relevancia a los métodos empíricos parece necesario entender la práctica jurídica como concepción normativa y creativa del derecho. Esto tiene correlato con su orientación a la explicación y justificación de decisiones jurídicas. Reconocer el carácter normativo de la jurisprudencia da lugar a la aplicación de métodos empíricos, en cuanto la justificación de las normas depende de premisas empíricas.

Queda aún la posición que se pregunta por los resultados de la Sociología para el Derecho,²⁵ y duda de las ventajas de las investigaciones

²² HART, 1994, pp. 103, 108 (1961, p. 105).

²³ Por ejemplo, el método que incluye los cánones clásicos de la interpretación, la interpretación analógica, la reducción teleológica, el *argumentum e contrario* y el *argumentum a fortiori*.

²⁴ Cf. también ROTTLEUTHNER, 1981, p. 35: los sociólogos no investigan si el contenido de normas es compatible con otras normas.

²⁵ DUX, 1978, p. 11.

empíricas en comparación con los métodos jurídicos tradicionales. Estos argumentos²⁶ son:

- que no existen resultados sociológicos relevantes para la jurisprudencia;
- que los conocimientos empíricos de los juristas son suficientes o más adecuados para la jurisprudencia;
- que la aplicación de la Sociología al Derecho sería demasiado exigente, y sus desventajas no se verían justificadas por los resultados.

Sin embargo, la deliberación acerca de las ventajas y desventajas de la aplicación de los métodos sociológicos para la argumentación jurídica sería posible sólo cuando se conociera cuáles son los resultados que la Sociología del Derecho puede ofrecer. Esto no es posible sin involucrarse en investigaciones sociológicas.

3. LA IMPORTANCIA DE LAS INVESTIGACIONES EMPÍRICAS PARA LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Sin duda la investigación descriptiva y empírica del derecho forma parte de la ciencia del derecho. Aún más, algunos autores proclaman que la Sociología del Derecho es la verdadera ciencia jurídica.²⁷ Para el desarrollo de los objetivos de este trabajo no necesitamos, sin embargo, considerar esta última tesis.

El problema actual –y desde hace algunos años– en la formación jurídica es que el estudio de las teorías jurídicas se incluye en la medida en que éstas se orientan a la aplicación del derecho y a la justificación de las decisiones jurídicas. La última reforma explícita como decisión de política de educación superior una formación jurídica orientada hacia la práctica jurídica y la justificación de las decisiones jurídicas según la ley o el derecho positivo. Por eso, la relevancia de la Sociología del Derecho para los estudios del derecho –como están estructurados ahora en Alemania– depende de que pueda contribuir a la práctica jurídica.

Las contribuciones de la Sociología del Derecho a la práctica jurídica no parecen ser tan evidentes como las de la Teoría del Derecho o la Filosofía del Derecho. La Teoría del Derecho analiza en particular conceptos

²⁶ Cf. OPP, 1973, p. 41.

²⁷ Por ejemplo P. LEITH/J. MORISON, 2005, pp. 147 y ss.

básicos y estructuras lógicas de la argumentación. No se puede negar que esto ayude a mejorar la práctica jurídica, que consiste esencialmente en argumentación. También la Filosofía del Derecho como reflexión sobre el concepto y la justificación del derecho, y sus relaciones con la moral y la justicia, puede ayudar a la práctica jurídica, aunque ya no es tan evidente como la contribución de la teoría del derecho.²⁸ Sin embargo, la Filosofía del Derecho trata cuestiones normativas-analíticas y consiste en argumentación, y así se acerca a la práctica jurídica. En cambio, la metodología de la sociología empírica del derecho es diferente.

La investigación empírica puede ser relevante en varios aspectos en el marco de las concepciones normativas del derecho.

Las condiciones de la aplicación de las leyes se refieren a hechos empíricos. Por eso, la práctica jurídica incluye premisas empíricas. Sin embargo, no es necesario que la verificación de estas condiciones necesite de las teorías sociológicas. Puede ser que no se planteen problemas teóricos, o que sean materias tratadas por otras disciplinas empíricas, como las Ciencias Económicas, la Psicología o las Ciencias Naturales. Por eso, la relevancia de las determinaciones empíricas no justifica por sí sola la inclusión de la Sociología del Derecho en la formación jurídica. En todo caso, justificaría la inclusión de la formación en alguna de las disciplinas empíricas.

Asimismo, la justificación de las normas puede necesitar de premisas empíricas, así también la legislación y el desarrollo del derecho por los tribunales. Pero como en el caso de las condiciones de aplicación de las leyes, cualquier disciplina empírica podría ser relevante. No queda claro que la relevancia de los argumentos empíricos para la justificación de las normas jurídicas sea un argumento para incluir específicamente la Sociología del Derecho en la formación jurídica.

Las funciones del derecho son otro aspecto empírico del mismo. Conocer los efectos del derecho o de algunas de sus instituciones jurídicas en la sociedad es importante para entender y comprender el derecho. Sin embargo, no está claro si las teorías sobre las funciones del derecho en general ayudan a la dogmática o a la práctica jurídicas. Algunas teorías pueden ser irrelevantes o aun contraproducentes. Por ejemplo, la tesis de Luhmann acerca de que los procesos jurídicos sirven para amortiguar

²⁸ Con dudas respecto de la jurisprudencia general, HARRIS, 1980, p. 2.

conflictos, debilitar y agotar a los participantes y neutralizar sus motivos (o motivaciones),²⁹ y para producir aceptación del derecho en la sociedad, aislar a los participantes que no acepten la decisión,³⁰ puede ser correcta. Pero no ayuda a los jueces o a los abogados, sino que puede generar dudas en los órganos del derecho sobre sus prácticas, o resultar en un cinismo de estos órganos si aceptan la tesis y pretenden que sus decisiones o actuaciones intenten ser justas o correctas según la ley. Quizás el funcionamiento del sistema dependa de que los órganos jurídicos crean en la justificación o corrección de sus actos.

Al lado de las funciones del derecho también interesa la manera en que funciona éste mismo. La pregunta es cómo el legislador u otros productores del derecho logran sus metas con la promulgación de leyes o reglas del derecho. Deben saber qué efectos tienen las leyes, si son cumplidas o no, y cómo se hace para que las leyes y normas tengan los efectos deseados por el legislador, por el productor del derecho. Sin embargo, los efectos de la legislación pueden ser analizados no sólo por la sociología sino también por otras disciplinas empíricas.

Las convicciones normativas de los actores sociales son otro tema para las investigaciones empíricas. La pregunta es en qué medida y de qué manera el derecho o las sentencias (judiciales) dependen de las convicciones normativas de los ciudadanos. Esto está relacionado con la concepción del derecho y con las competencias de los jueces. Parece que el derecho positivo no determina todos los casos, y por eso tiene lagunas que hacen relevantes las convicciones normativas. La pregunta entonces es si los jueces pueden o deben decidir sólo según sus propias convicciones normativas o están obligados a considerar las convicciones normativas existentes en la sociedad. Si éstas deben ser consideradas en alguna medida y aunque de forma crítica, entonces las investigaciones empíricas son relevantes.

III. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva de una dogmática y práctica jurídica orientada a la justificación de las sentencias (judiciales), y por eso normativa, no

²⁹ LUHMANN, 1997a, p. 4.

³⁰ LUHMANN, 1997a, p. 121.

resulta obvio que se necesiten sistemáticamente investigaciones empíricas y que la Sociología del Derecho deba ser incluida en la formación jurídica. Es cierto, se necesitan premisas empíricas, pero de cualquier tipo, y éstas, en particular, no dependen de conocimientos sociológicos. Y la propuesta de incluir todas las ciencias empíricas que podrían ser relevantes para las sentencias judiciales no parece practicable en el marco de la formación jurídica tal como está organizada tradicionalmente, orientada a decisiones o procesos judiciales. Sin embargo, existen alternativas para que la Sociología del Derecho forme parte esencial de los estudios del derecho.

La Sociología del Derecho forma parte de una ciencia del derecho completa. La ciencia del derecho no está restringida a la justificación y explicación de las sentencias judiciales, sino que tiene que investigar todos los aspectos del derecho, tengan o no relevancia para la práctica jurídica.³¹

La Sociología del Derecho es importante desde la perspectiva de una ciencia de la legislación o creación del derecho. Tiene que averiguar la manera en que funcionan las regulaciones jurídicas. Esto es relevante para saber cómo la legislación puede lograr sus metas. La concepción tradicional de la jurisprudencia sostiene que los tribunales solamente aplican la ley y no la crean. Esto no se corresponde con la realidad de los sistemas jurídicos. Si los tribunales producen derecho, deben poder saber qué efectos tienen sus decisiones. Sin embargo, esta tesis no sólo es un argumento a favor de la inclusión de la Sociología del Derecho en la formación jurídica, sino también para desarrollar una ciencia de la producción del derecho que debe incluir otras disciplinas.

La Sociología del Derecho es relevante desde la perspectiva de una jurisprudencia que acepta –en los casos en que el derecho presenta lagunas– la dependencia del derecho de las convicciones crítico-normativas de los ciudadanos, y no deja librada la determinación del derecho a las meras convicciones normativas de los jueces. Esto restringe la discrecionalidad de los jueces a la vez que introduce un elemento democrático en el concepto del derecho.

³¹ Enfatizando la legitimidad de teorías sociológicas sin relevancia práctica: KING, 2006, p. 53.

La Sociología del Derecho también es importante para la crítica del derecho. Se puede caracterizar una jurisprudencia normativa como una ideología institucionalizada. Podría ser criticada desde otras perspectivas ideológicas, pero para fundamentar una crítica no solamente en una ideología alternativa sería necesario analizar la realidad del derecho.

Por tanto, la relevancia de la Sociología del Derecho para la formación jurídica depende de qué concepto del derecho y de la jurisprudencia se acepte. Según una concepción, que es limitada y orientada solamente a la explicación y justificación de las sentencias judiciales y que niega la función creativa de la práctica jurídica, la Sociología del Derecho no tiene mucha relevancia. Por el contrario, la Sociología del Derecho es relevante para:

- una ciencia del derecho más comprensiva (completa);
- una jurisprudencia que reconoce su carácter creativo;
- una teoría del derecho que acepta la dependencia del derecho de las convicciones crítico-normativas de los ciudadanos, y
- una concepción crítica del derecho y de la jurisprudencia que trata de fundamentarse de manera científica y no ideológica.

En consecuencia, la marginalización de la Sociología del Derecho en la formación jurídica muestra:

- que ya casi no existe en las facultades de derecho en Alemania una ciencia del derecho que trata de investigar los aspectos de éste de una forma más comprensiva;
- que falta una ciencia de la legislación y, más general, una ciencia jurídica que investigue la producción del derecho;
- que falta una concepción adecuada de la autonomía del derecho con relación a las convicciones normativas de los ciudadanos;
- que la perspectiva crítica del derecho no está bien representada en los estudios del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BLANKENBURG, E., *Die Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, en Berlin *et al.*, Springer zur Fachhochschule für Rechtskunde, JZ 20, 1995, pp. 977-983.

- BRYDE, B. O., "Rechtssoziologische Anmerkungen zur Diskussion über die Reform der Juristenausbildung", en *Empirische Rechtssoziologie. Gedenkschrift für Wolfgang Kaupen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 213-222.
- BULL, H. P., "¿De una facultad de Derecho hacia una *Fachhochschule* con nociones básicas de Derecho?", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, otoño de 2005, pp. 117-133.
- BURGLI, M., *Die glückende Reform: Zur neuen Juristenausbildung an den Universitäten*, NJW, 2003, pp. 2804-2805.
- DREIER, R., "Die Rechtssoziologie im Gefüge der juristischen Grundlagenfächer", en DREIER, H. (Hg.), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für E. M. Wenz*, Tübingen, Mohr, 2000, pp. 309-322.
- DREIER, R., *Niklas Luhmanns Rechtsbegriff*, ARSP 88, 2002, pp. 305-322.
- DUX, G., *Rechtssoziologie*, Stuttgart *et al.*, Kohlhammer, 1978.
- GILLES, P. y N. FISCHER, *Juristenausbildung*, NJW, 2003, pp. 707-711.
- HARRIS, J., *Legal Philosophies*, London, Butterworths, 1980.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HIRSCH, E. F., *Rechtssoziologie für Juristen. Eine Aufsatzsammlung*, Berlin, Duncker & Humblot.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Böhlau, 1960.
- KING, M., "¿What's the Use of Luhmann's Theory?", en *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006.
- LEITH, P. y J. MORISON, "¿Can Jurisprudence Without Empiricism Ever be a Science?", en *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2005, pp. 147-167.
- LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1997.
– *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1997.
- OPP, K. D., *Soziologie im Recht*, Hamburg, Rowohlt, 1973.
- RAISER, Thomas, "Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1994, pp. 1-11.
- REHBINDER, M., *Einführung in die Rechtssoziologie*, Frankfurt/M., Athenäum, 1971.
- RÖHL, K. F., *Rechtssoziologie*, Köln *et al.*, Heymanns, 1987.
- ROLFS, C. y S. ROSSI-WILBERG, *Die Ausbildung im Schwerpunktbereich und die erste Prüfung an den juristischen Fakultäten in Deutschland*, JuS, 2007, pp. 297-307.

- ROTTLEUTHNER, H., 1981, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg/München, Alber.
- RYFFEL, H., *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied/Berlin, Luchterhand, 1974.
- SCHÖBEL, H., *Das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung. Ein Zwischenbericht*, en *JuS*, 2004, pp. 847-852.
- STOLLEIS, M., *Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung*, en *NJW*, 2001, pp. 200-202.
- WASSERMANN, R., *¿Revolution der Juristenausbildung?*, en *NJW*, 2001, pp. 3685-3686.
- WINDEL, P., *Scheinspezialisierung und Verzettelung als mögliche Folgen der Juristenausbildungsreform*, en *Jura*, 2003, pp. 79-82.
- WRASE, M., "Rechtssoziologie und Law and Society. Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 27, 2006, pp. 289-312.
- ZIEGERT, K., "Aufgaben der Rechtssoziologie als Soziologie für Juristen in der Rechtsforschung und Jurausbildung", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 15, 1994, pp. 12-23.

La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos*

DUNCAN KENNEDY**

Quiero agradecer a la clase que se gradúa por invitarme a hablar en el día de hoy. También quiero felicitar a ustedes y a sus familias por el logro que este día representa. Ésta es la primera vez que se me convoca para dar un discurso de graduación y siento cierta ansiedad al inicio de esta nueva carrera.

El tema que he elegido es sólo un aspecto de una cuestión más amplia: *La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos*, seguramente uno de los temas más aburridos que se hayan inventado jamás para llenar el tiempo previo a la entrega de sus diplomas. Pero ¿qué les parece primero antes de la cuestión formal un momento de celebración breve, sentimental y hasta tonto? Busquen a su alrededor a algún compañero de estudios amigo o a algún familiar. Dense el gusto: sonrían, frunzan el ceño, hagan muecas o ignoren completamente a esa persona. Para algunos de ustedes, el calvario ha finalizado. Para casi todos ustedes –sospecho– ha habido momentos en los que se han sentido heridos o perdidos, atemorizados o humillados, en peligro. Pues bien, amigos, han cruzado la línea: ustedes ya son graduados.

Están cruzando además la línea hacia la vida profesional. Eso es algo que pueden estar esperando. No es que puedan estar orgullosos por el

* Publicado originalmente como “The responsibility of lawyers for the justice of their causes”, en *Texas Tech. Law Review*, nro. 18, 1987. Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Luciana Ekmekdjian, docente de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, revisada por el autor y por Mary Beloff.

** Profesor de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard. Este ensayo fue presentado –ligeramente modificado– como discurso en la ceremonia de graduación del Colegio de Leyes de Washington, de la Universidad Americana, el 18 de mayo de 1986.

solo hecho de ser abogados. Después de todo, hay buenos y malos abogados; pero sí pueden enorgullecerse de los poderes que han adquirido a través del estudio del Derecho. También pueden sentirse orgullosos de la tradición inherente al derecho por la cual los abogados utilizan sus poderes para ayudar a otros en pos del bien común. Es una práctica ardua. Muchos abogados aspiran a ella; algunos lo logran. Espero que ustedes estén entre ellos.

Y ahora a lo mío. Quiero hacer algo muy típico de abogados: argumentar en favor de una posición, de una actitud que podrían –y creo que deberían– adoptar en la práctica de la abogacía en los años venideros.

Comiencen con cierta piedad abstracta: intenten hacer todo lo posible, ¡oh, graduados del Colegio de Leyes de Washington!, para evitar hacer daño con sus aptitudes de abogados.

Si les pidiera a cada uno de ustedes que juraran evitar hacer daño con sus habilidades profesionales, apuesto que la mayoría de ustedes diría: “¿Por qué no? De acuerdo, jefe, eres el orador de la ceremonia de graduación, suena inofensivo y hasta obvio para mí; en este acto me comprometo a evitar hacer daño con mis aptitudes profesionales de abogado”.

Sin embargo, creo que esta piedad abstracta contiene cierta mordacidad controversial. Pondría en aprietos a muchos abogados. Para hacer polémica esta promesa, déjenme poner a un lado dos de sus sentidos más evidentes. Cuando representan a un cliente, deberían hacer todo lo mejor por él o por ella. Eso significa: *evitar la mala praxis*,¹ y ¡quién podría discrepar con ello! Luego, existe otro aspecto algo más delicado. Creo que todos nosotros coincidiríamos en que en la mayoría de las situaciones un abogado no está obligado a aceptar a un cliente. Si creen que el cliente está intentando hacer algo terrible y quiere servirse de vuestras aptitudes profesionales para hacer daño, ustedes no están obligados a tomar el caso a menos que un tribunal los designe para hacerlo.

Vuestro Derecho a rechazar un caso va más allá de no hacer nada para ayudar a una persona con malas intenciones. Podrían no tomar el caso para evitar contribuir o estar vinculado de alguna forma con un

¹ Nota del T.: el resaltado pertenece al original.

cliente que creyeron que era malo. Son ustedes quienes eligen sus casos sobre la base de lo que ustedes prefieran.

Sé que este asunto es *un poco* controversial a partir de la reacción del *establishment* de la profesión y de los escritores de editoriales ante el boicot de los estudiantes a lo largo y ancho del país en oposición de las entrevistas de trabajo convocadas por los estudios que representan al Gobierno sudafricano. Muchos abogados consideraron escandaloso que los estudiantes intentaran influenciar a las firmas de abogados o interfirieran con la posibilidad del Gobierno sudafricano de obtener asesoramiento, mediante la amenaza de no trabajar para esos estudios.

Yo quiero ir un paso más allá que aquellos estudiantes. Si bien es cierto que nadie debería culparlos por negarse a representar a un cliente cuya actividad desapruaban, eso no es suficiente. Ustedes deberían sentirse culpables –y nosotros deberíamos reprobarlos– si siguieran adelante y defendieran una causa que creen que hará más daño que bien. No deberían tomar el caso si creen que sería mejor o más ético para la sociedad que su cliente pierda. Tampoco deberían tomar el caso si creen que el cliente no debería estar en el tribunal en primer lugar, por ejemplo, porque debería haber pagado moralmente por sus actos, aun cuando tuviese una defensa legal técnicamente correcta. No deberían tomar un caso si su cliente está haciendo valer sus derechos pero los está usando en pos de una mala causa.

El sentido fuerte de la piedad abstracta es que ustedes deberían evitar hacer daño con sus habilidades profesionales. La gran mayoría de los abogados no coinciden con ello en absoluto. En efecto, creen que ustedes no quedan manchados moralmente por las intenciones subyacentes de sus clientes, sus cualidades éticas o por el resultado que alcancen, siempre que ustedes no participen por ustedes mismos en el quebrantamiento de la ley. Quizás hacen una excepción al condenar a los abogados de la mafia aun cuando ellos no están directamente involucrados en alguna actividad criminal. Pero de eso se trata. Creo que ustedes sin dudas *quedan*² manchados por las malas acciones de clientes que ustedes facilitan mediante vuestro trabajo como abogados.

² Nota del T.: ídem 1.

En la medida en que ello sea cierto, es incorrecto representar a una clínica de abortos que intenta alquilar un inmueble para expandir sus operaciones, si ustedes son antiabortistas. Y si están a favor de la libre elección ante el aborto, también será incorrecto que representen al propietario que ha sido intimidado para desalojar una clínica de abortos. Es incorrecto trabajar en contra de la agremiación si ustedes creen que todos deberían tener un sindicato, y también está mal trabajar por el derecho del sindicato a hacer un piquete en un *shopping*, si ustedes consideran que, por lo general, los sindicatos son el mal. Es incorrecto hacer *lobby* con miras al aplazamiento de controles ambientales si ustedes creen que éstos deberían ser implementados ahora mismo, y también es incorrecto llevar adelante actividades antimonopólicas en contra de una fusión de empresas si ustedes consideran que las fusiones son positivas para la economía.

Mi posición es extrema y seguramente les será aplicable a ustedes en algún momento de sus vidas como abogados. Supongo que para eso son, al menos en algunos casos, los discursos de graduación. Lo que estoy diciendo es que rechacen al cliente aun cuando no esté intentando que hagan algo ilegal e incluso cuando no esté haciendo algo ilegal por sí mismo. Ese cliente sólo quiere que argumenten que la clínica de abortos ha incumplido el contrato de alquiler, mientras ustedes consideran que no es el caso, o bien que la fusión ha violado las leyes antimonopolio. Estoy diciendo que si *ustedes*³ consideran que el resultado de la victoria de su cliente, tras pensarlo mucho, podría llegar a ser algo negativo o socialmente desafortunado, entonces deberían negarse a participar a pesar del hecho de que el cliente pagará y de que ustedes no estarían haciendo nada que pudiera resultar ni siquiera remotamente violatorio de los cánones de la ética profesional. Estarían completamente libres de sospecha respecto de una "conducta antiética" tal como es concebida por la profesión. No obstante ello estoy insinuando que, de cualquier forma, estarían moralmente errados.

Existen muchas más objeciones a lo que acabo de decir. Intentaré derribar al menos veinte de ellas de forma rápida y sucesivamente. En primer lugar, ¿qué hay del Porsche? No me refiero al mío (de hecho, no

³ Nota del T.: ídem 1.

tengo uno); me refiero al que ustedes podrían imaginar en el futuro. La respuesta concreta es que hay mucho dinero por hacer allá afuera, para la mayoría de los abogados, la mayor parte del tiempo, sin convertirse en un asesino a sueldo. A eso nos estamos refiriendo: al abogado como mercenario sin importar la moralidad del cliente. Al menos actualmente, hay toneladas de trabajos moralmente inocuos, positivamente beneficiosos o incluso neutros para los abogados. De hecho, *la mayor parte* del trabajo de los abogados entra dentro de estas categorías para la mayoría de la gente. Si apearse a este tipo de trabajos implica alguna pérdida de ingresos, que así sea. Tal vez ganen un Porsche en la lotería.

En segundo lugar podrían pensar: si yo no lo hago, alguien más lo hará. Pero eso no lo vuelve correcto para que ustedes lo hagan. Ustedes deberían evitar hacer daño con sus habilidades de abogados aun si hay alguien más a la espera de tomar vuestro lugar. Tercero, ¿qué puede tener de malo?; en efecto, ¿por qué no es algo bueno ayudar a la gente a defender sus derechos? Los abogados deberían consagrarse a la legalidad; pero lo que estoy proponiendo es rechazar clientes por razones no legales sobre la base de que, aun dentro de sus derechos, esos clientes están haciendo más daño que bien.

La respuesta simple es que el derecho no es contiguo/sinónimo de moralidad; existe una vasta gama de comportamientos que perjudican a la gente sin que tengan remedio legal alguno, y cuando los abogados ayudan a la gente a hacer ese daño, no pueden escapar a la responsabilidad que ello acarrea si el resultado es inmoral. La legalidad es importante. Es un buen punto de partida para la discusión. Sin embargo, el hecho de que su cliente tenga derecho a hacer daño y a salirse con la suya no significa que ustedes puedan quedarse con la conciencia limpia, aun cuando vuestro rol haya sido rutinariamente técnico y no hayan sido ustedes quienes eligieron el curso de acción, si éste fue inmoral.

Además, los abogados suelen ser –incluso con frecuencia– algo más que técnicos del Derecho. Ellos dan forma a acuerdos y fabrican derecho. Inventan nuevas formas de vida social, completan lagunas, resuelven conflictos y ambigüedades. Moldean la ley mediante el proceso de argumentación jurídica, en el tribunal, en los escritos, en las negociaciones. No se podrá decir: “Mira, he moldeado el derecho de esta forma, y de

esta forma, y de esta otra. He creado mucho derecho. Pero no me responsabilicen por el contenido real del derecho que produje. Ello fue determinado por quien resultó ser mi cliente en ese momento. Yo elijo a mis clientes según su capacidad de pago. ¿En qué me concierne si el derecho por el que me pagan va en contra de mis propias creencias morales? Yo soy tan sólo un abogado y dejo a otros la decisión final”.

El problema con ello es que vuestra actividad no es neutra, y cuanto mayores sean sus habilidades jurídicas, menos neutrales resultarán ustedes. Los abogados inventan nuevas reglas, ideas, acuerdos y argumentos. Determinar cuáles ganan, cuáles son aceptados por jueces, jurados y legislaturas es función tanto de quienes tienen el talento jurídico de su lado como de la justicia que le asiste a una parte. Si colocan vuestros talentos jurídicos junto a los resultados que ustedes desaprueban, ayudarán al menos en algo a que resulte más probable que prevalezcan los malos resultados y vuestras propias malas invenciones. Son ustedes quienes deben cargar con la responsabilidad si *su* peculiar manera de moldear el Derecho o el producto de vuestro trabajo triunfa en perjuicio de la comunidad, aun cuando no hayan sido ustedes, sino un juez o un funcionario quien –por así decirlo– “tiró del gatillo” al haber sido quien de hecho resolvió el caso, y aun cuando otro hubiera actuado en vuestro lugar de no haberlo hecho ustedes.

Pero, ¿qué sucedería con el derecho a la asistencia legal si todos los abogados se cuestionaran siempre la justicia de las causas de sus clientes? ¿Y qué hay de Nuestro Sistema Adversarial⁴? ¿Acaso no consiste en que los abogados defiendan con entusiasmo los intereses de sus clientes y permitan que la verdad surja a través del conflicto? Corresponde al juez y al jurado decidir sobre la justicia del caso; el *abogado*⁵ es quien debe presentarlo de la mejor forma posible para la parte que defiende, cualquiera que ésta sea.

Todos éstos son reparos serios. Estoy dispuesto a hacer algunas concesiones a fin de reconocer algunos contraprinicipios respecto de los cuales estoy argumentando. Después de todo, aun en un día como éste, no hay absolutos.

⁴ Nota del T.: las mayúsculas figuran en el original.

⁵ Nota del T.: ídem 1.

En primer lugar, *no* estoy diciendo que ustedes deban representar clientes malos sin entusiasmo o de forma incompetente. Estoy hablando de la elección de los clientes. Una vez contratados, me parece que *quedan* de algún modo atados a actuar como contrincantes dentro del sistema adversarial a menos que pase algo inesperado que implique que ustedes deban retirarse. Esto puede plantear muchos problemas delicados si ustedes realmente están evitando usar sus aptitudes profesionales de abogados de algún modo que pueda dañar a la gente, pero ése no es mi tema.

Segundo, todas las personas -incluyendo sus potenciales clientes- tienen *derecho* a un abogado hasta el punto de que el Estado les proveerá uno si no pueden pagarlo sólo en algunos supuestos: en ciertas cuestiones penales y en algunos, pero no en todos, conflictos del Derecho de Familia. La única manifestación restante del derecho de todas las personas a tener un abogado es que el Estado no les prohíba tener uno *si* encuentran alguno que puedan permitirse pagar. El derecho a un asesoramiento legal no significa que los clientes cuyas causas perjudiquen a la sociedad tengan derecho a *vuestro* asesoramiento por el solo hecho de tener el dinero para pagar por ello.

Considero moralmente correcto ser defensor oficial o trabajar para un servicio de asistencia jurídica gratuita, a pesar de que a veces se encontrarán representando a personas que son culpables o inmorales. En tales casos, ha habido una decisión *social* en pos de que la gente tenga abogados aun cuando no puedan pagar por ellos. Incluso iría más allá y diría que si un potencial cliente no pudiera conseguir un abogado a menos que fueran *ustedes* quienes lo representen, y si fuese probable que sea tratado injustamente por el sistema al no tener asistencia legal, ustedes deberían entonces tomar el caso a fin de prevenir la injusticia que esa ausencia de abogado provocaría.

Sin embargo, de lo que estoy hablando es de lo siguiente: ¿ustedes deberían *o no* confeccionar la documentación para una empresa de bienes raíces que está actuando lícita y completamente dentro de sus derechos al comprar 100 viviendas para personas de bajos ingresos que alojan a 400 personas pobres con el fin de convertirlas en 40 condominios para ser habitados por 80 yuppies, para lo cual los pobres deberán mudarse a viviendas más pequeñas con alquileres más caros y aumentar el con-

tenido de almidón en la dieta de sus hijos? Yo sostengo que ustedes no deberían hacerlo y que en tales supuestos el derecho a un abogado deviene irrelevante. Dejen que otro abogado lo haga, o bien dejen a los propios empresarios hacerlo en el improbable caso de que no puedan comprar a alguien más con su dinero.

Creo que la verdadera objeción a mi propuesta es que ella contradice nuestra idea de que es correcto distribuir la asistencia jurídica entre las personas de acuerdo con el dinero que puedan pagar. Los abogados quieren sentirlo así porque si la sociedad delegó en el mercado la decisión acerca de quién accede a un abogado y de qué tipo (un incompetente o el mejor que el dinero pueda comprar), en consecuencia está permitido que ellos se olviden del tema al tiempo que venden sus propios servicios para lo que ellos puedan lograr alcanzar sin importar la moralidad de la actividad legal.

Si ustedes –si la mayoría de los abogados– toman con seriedad la elección de los clientes según la piedad abstracta que implica que ustedes deberían evitar hacer daño con sus aptitudes profesionales de abogados, parece probable que algunos clientes deban pagar más por menos asistencia legal, mientras que otras personas obtendrán un servicio mayor por menos dinero. Sus intuiciones morales, entonces, influenciarían la distribución del talento legal en el mercado junto con el poder de compra de los clientes. ¿Eso sería mejor o peor que la situación actual?

Yo creo que sería mejor. Actualmente, la distribución del servicio de asistencia legal es vergonzosa: los ricos obtienen mucho más de lo que realmente necesitan o merecen; las personas de ingresos medios no pueden pagarse un abogado en muchos casos en los que han sido estafadas por sumas de dinero relativamente pequeñas, al haber sido discriminadas por razones de sexo o raza, o en casos de lesiones graves. La gente pobre prácticamente no tiene acceso a la asistencia legal dada la ínfima dotación de recursos de los servicios de patrocinio jurídico gratuito. Si los abogados se sienten moralmente responsables por su contribución individual a esta asignación de recursos destinados a los servicios legales, creo que es probable que esos índices mejoren, aunque quizás sólo marginalmente. Ello posiblemente afectaría a algunos de los actuales consumidores excesivos del tiempo de los abogados.

Si ustedes aplicaran su propio criterio moral en la selección de clientes, no sólo ocasionalmente sino en todos los casos, a menudo podrían tomar decisiones con las que yo seguramente discreparía. Sin embargo, creo que la pauta global de elección probablemente sería mejor a aquella que resulta de un mercado en el que el sufrimiento humano no cuenta para nada y los dólares lo son todo. Estoy a favor de tener en cuenta la ética de los clientes en sí misma. Mi propuesta es de izquierda tan sólo en el amplio sentido de estar por la liberación y por la responsabilidad, aun cuando las consecuencias a veces puedan resultar conservadoras.

Éste es mi discurso, amigos. Ahora archívenlo en la gran videoteca de la memoria. Tal vez algún día, cuando el socio mayoritario del estudio les arroje los papeles sobre el escritorio, ustedes escuchen el murmullo de esa piedad abstracta en sus oídos: trata de no usar tus habilidades profesionales de un modo que pueda causar daño.

Muchas gracias.

Las dificultades filosóficas del pensamiento jurídico*

RICARDO GUIBOURG**

Parece un hecho indiscutible que los juristas no se ponen de acuerdo acerca de sus controversias y siguen defendiendo cada uno sus posiciones frente a la mayoría de los argumentos que puedan oponérseles. Esta actitud es, a mi juicio, el resultado de que en el ámbito del derecho carecemos de criterios dotados de consenso general para dirimir las diferencias, razón ésta que permite justificar el recurso a la institución judicial para resolver en cada caso la *quæstio iuris* y presenta como cosa normal que un tribunal colegiado cuente los votos de sus miembros para adoptar las decisiones. Esta situación me hace pensar que el derecho, a diferencia de tantos otros campos de la actividad humana, no ha tenido nunca su revolución copernicana y que su epistemología no está hoy muy alejada del punto en el que la dejó el emperador Justiniano en el siglo VI.

Hace muchos años abrigaba yo la sospecha de que los argumentos propiamente jurídicos resbalaban, por así decirlo, sobre un terreno teórico –el de la teoría general del derecho– que los abogados prácticos no suelen profundizar. Pero más tarde observé que las distintas orientaciones de esa teoría general tampoco se muestran afectadas por los argumentos contrapuestos: esos mismos también resbalan, pero ahora sobre el subsuelo del pensamiento que, integrado por opciones básicas de la Filosofía, la mayoría de las personas menosprecia por teórico e inútil.¹ Por este

* Publicado originalmente en *La Ley* 2008-B-1328. Versión ampliada y corregida de la ponencia presentada con el mismo título en las XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, octubre de 2007.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ Una vez señalé que, en la apreciación de muchos, la filosofía se presenta tan inútil como timbre de bóveda o bocina de avión (cfr. *La construcción del pensamiento*, Buenos

motivo, trataré aquí de vincular las dificultades metodológicas del saber jurídico con los problemas que encara el sujeto pensante al elaborar sus presupuestos básicos extrajurídicos.

En mi ejercicio de la docencia universitaria no pretendo sólo transmitir información o comunicar mis puntos de vista, sino también alentar a los alumnos a elaborar los propios, controlar su consistencia interna y, una vez que los hayan confirmado o corregido, defenderlos con argumentos razonables frente a quienes sostengan ideas incompatibles con ellos. En esta tarea de provocación y debate, presidida por el respeto del pensamiento de cada uno, tengo oportunidad de examinar las ideas más diversas. Todas ellas pueden sostenerse y discutirse, pero en este trabajo quiero compartir ciertas inquietudes suscitadas por un par de esquemas recurrentes que, a mi modo de ver, generan gran parte de las dificultades señaladas al principio.

Uno de ellos parte de seguridades dogmáticas y las extrapola a lo valorativo. El otro, de sentido inverso, parte de una actitud escéptica acerca del valor y, al extrapolar sus actos de valoración al campo del conocimiento, hace del sujeto el centro de toda referencia.

I. CÓMO SENTIRSE SEGURO DE LO INSEGURO

El primer esquema de pensamiento aparece a menudo vinculado con la formación cristiana aunque, a partir de una tradición cultural común, se extiende de manera mucho más general.

No hablo, por cierto, de la creencia en un ser supremo, o en el alma inmortal, los ángeles y los santos. Todo eso corresponde a una esfera del pensamiento relativa a lo sobrenatural, pero no presenta por sí solo los problemas más graves en la comprensión humana del universo.

El problema realmente serio reside en la incómoda posición a la que el sujeto se ve obligado en materia ontológica y gnoseológica para abrazar

Aires, Colihue, 2004, p. 5). Esa impresión puede explicarse por la costumbre de muchos filósofos de exponer sus ideas en lenguaje alambicado, así como por la insistencia en la historia de la filosofía como método de abordaje. Pero nada hay tan práctico como una teoría útil y, de hecho, la práctica misma no es sino teoría extraída del método de ensayo y error, limitadamente eficaz pero contenida en la oscuridad del subconsciente y sustraída a la crítica racional (cfr. *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 159).

una filosofía dirigida desde la ética y una ética gobernada por el dogma o por las enseñanzas de una tradición cultural autoconflictiva. Trataré de describir esta situación, no desde el orden lógico de la construcción del pensamiento, sino en el orden argumental o de la conciencia en el que unas ideas influyen sobre otras.

El cristiano (o, para el caso, también el judío o el musulmán) cree en Dios. Que éste haya creado el universo no deja de ser una hipótesis filosóficamente tan inocua como la del Big Bang. Que Dios haga milagros es otra hipótesis que encaja perfectamente en la interpretación causal del universo; sólo agrega la postulación de ciertas condiciones causales imprevisibles (las relacionadas con decisiones divinas), capaces de incorporarse al vasto espacio de las relaciones causales que aún ignoramos, o bien de superponerse como un presupuesto teórico de la causalidad en general, como una suerte de metacausalidad abstracta.

Pero la fe en Dios obliga al creyente a aceptar que el mundo real incluye, además de objetos y acontecimientos susceptibles de apreciación empírica, por lo menos un ente no empírico que es, sin embargo, tanto o más real que las cosas que vemos y tocamos. Y, para justificar el conocimiento de entes de esa clase –eficacia que se atribuye a la fe– el creyente debe adaptarse a aceptar como método de conocimiento algún procedimiento de errática transmisión intersubjetiva y demasiado parecido a la mera creencia.

Una vez abierta esta puerta, el materialismo queda identificado con el ateísmo, y el creyente, ya dispuesto a rechazarlo (porque, además, se le enseña a confundirlo con el deseo inmoderado de bienes materiales), no ve inconveniente en aceptar que también son reales las inmateriales clases de cosas (las esencias aristotélicas).

También los sentimientos ejercen presión irresistible sobre los límites de la realidad. Por supuesto, es posible interpretarlos como clases de segundo o tercer nivel: experimentar una emoción es un acontecimiento mental (que los neurobiólogos describirían como un hecho material y empírico, un chispazo químico entre neuronas); tener una tendencia a experimentar emociones semejantes en relación con una misma persona es una clase de acontecimientos (que describo diciendo “estoy enamorado de Eloísa”); la clase general de estas clases particulares de fenómenos

afectivos recibe el nombre abstracto de amor (de cualquier sujeto hacia cualquier objeto, en cualquier tiempo y con distintas modalidades). Pero esta concepción de los sentimientos cae fácilmente en el saco roto de una cultura habituada a rendirles culto:² si el sujeto (y sobre todo el sujeto creyente) renunciara a afirmar la existencia real del amor, se sentiría despojado de su condición humana. De poco vale explicarle que se trata de una cuestión teórica y clasificatoria, que no niega en absoluto el hecho de que sentimos amor ni pretende por sí sola impedir que las personas se amen entre sí; el sujeto desconfiará visceralmente de este tipo de argumentación y responderá, por ejemplo: “bueno, si se trata de una cuestión de clasificaciones, yo prefiero la clasificación a la que estoy habituado y en la que me siento emotivamente contenido”. Si es creyente, puede razonar además, metafóricamente, que Dios es amor, por lo que el amor es Dios, y que si niega la realidad del amor podría verse en el caso de renunciar a la existencia de Dios.

Todo lo dicho, sin embargo, no es más que el escenario donde se representa el gran drama de la conciencia, que es el discurso ético. Bueno y malo, justo e injusto no son, después de todo, sino palabras destinadas a agrupar en clases conjuntos de actos, conjuntos de normas, de individuos y de situaciones. Si el bien y el mal son objetos reales, como las esencias, como los sentimientos, como los ángeles y los demonios, existe en el universo una realidad moral que hace verdaderos o falsos los enunciados morales: para determinar con certeza cuándo una acción es justa o injusta, cuándo una persona es buena o mala, sólo se precisa emplear el método apropiado para aprehender esa realidad. El sujeto, moldeado en gran medida por una tradición cultural que no discute, emite juicios de esa clase y se siente anímicamente seguro de ellos: de aquí saca en consecuencia que, muy probablemente, está empleando el método ade-

² Casi todos los productos culturales de consumo masivo insisten en la importancia de los sentimientos por encima del razonamiento. Un ejemplo paradigmático es la ya histórica serie *Star Trek*, donde el Sr. Spock, nacido en el planeta Vulcano, juzgaba faltas de lógica las actitudes de los humanos frente a problemas concretos. Sin embargo, cuando él mismo se veía ante una dificultad crucial, terminaba por adoptar la “decisión correcta” gracias a los sentimientos albergados, casi a su pesar, por la mitad humana de su carga genética. La inconsistencia de este planteo es recibida con agrado por los espectadores, que sienten halagada su superioridad humana cuando sus defectos se presentan explícitamente como virtudes.

cuado aunque rara vez se haya puesto a pensar en él. Ahora que presta atención al asunto, se inclina a aceptar que distinguir el bien del mal es algo que todos sabemos hacer instintivamente, como distinguir lo blanco de lo negro; hay que admitir que algunos se equivocan, tal vez porque se desviaron de la buena senda, porque fueron tentados por el demonio o porque simplemente les falla esa facultad del espíritu que la mayoría seguramente ejerce en plenitud. Y que el sujeto que así razona, claro está, también cree manejar con acierto, acaso gracias a que nació en el seno de una cultura afortunada por la claridad de su conocimiento moral.

Si el sujeto en cuestión es creyente, esta cadena argumental se ve notablemente fortalecida con el hecho de que el propio Dios, que todo lo ve y todo lo sabe, nos guía por el mismo camino que intuimos y da a nuestros criterios morales la fuerza de una ley eterna e indiscutible.

En este punto el sujeto está ya completamente convencido de que hay una realidad inmaterial, así como de que ese segmento inmaterial del universo real incluye esencias o clases de entes, con especial énfasis en los valores.

Esta convicción no necesita siquiera hacerse explícita ni consciente: la estructura misma del lenguaje conduce insensiblemente a darla por sentada.³ En efecto, los nombres propios sirven para denotar –entre otros– ciertos entes materiales fácilmente identificables y discernibles por cualquiera (el Sol, el Aconcagua, Humphrey Bogart), pero el sujeto desprevenido extiende fácilmente ese carácter a los sustantivos comunes (caballo, casa, árbol) porque también sirven para denotar entes materiales (este caballo, esa casa), sin parar mientes en que tal denotación no se ejerce sino en el marco de una designación y de una clasificación que le sirven de presupuestos necesarios.

De allí nuestro sujeto saca en consecuencia que las palabras significan cosas: los nombres propios significan entes individuales; los sustantivos comunes, entes colectivos (clases, esencias); los adjetivos significan

³ Ha de recordarse aquí que el propio Aristóteles toma tan en serio la gramática que la convierte en ontología: los sustantivos representan sustancias primeras, los adjetivos nombran sustancias segundas (géneros, cantidades, relaciones, cualidades) y los verbos, acciones o pasiones (cfr. Categorías).

cualidades o atributos; los verbos, acciones o pasiones y los adverbios, modalidades de tales acciones o pasiones, todos ellos entes ideales pertenecientes al segmento inmaterial del mundo real.⁴ Aceptar o rechazar semejante interpretación ontológica del significado no generaría grandes emociones, si no fuera porque ello sirve de marco a una clase privilegiada de cualidades a las que se desea a toda costa atribuir realidad: las cualidades morales de bueno o malo, justo o injusto, extremadamente injusto o moderadamente injusto, la dignidad humana con sus contenidos y límites que se postulan evidentes y otros conceptos valorativos semejantes, para los que se da por sentada su referencia a hechos morales habitualmente fuera del alcance de los sentidos.

Llegados a este punto, el sostén de la fe religiosa es tranquilizador, pero ya no indispensable. En la sociedad predomina una suerte de fe moral de base ontológica, aunque no necesariamente divina, sino atribuida alternativamente a una nebulosa naturaleza del hombre o a cierto determinismo histórico-moral. Y el apoyo que los creyentes encuentran en la fe es reemplazado, para los no creyentes, por consensos más o menos generalizados y a menudo recogidos en cláusulas constitucionales o declaraciones y tratados internacionales.

Pero ha de notarse que casi nunca la fe religiosa o la alusión al consenso se invocan como fundamento último de aquella manera de pensar, sino sólo como fuertes confirmaciones adicionales de su corrección presupuesta de antemano. Operan como argumentos de persuasión antes que como razones de justificación para un planteo ontológico cuyo debate suele darse por innecesario.

Esta misma despreocupación ontológica conduce a su contrapartida metodológica: si existe una realidad que no puede verse, tiene que haber un método capaz de aproximarnos a ella, ya que, si no lo hubiese en absoluto, ¿cómo podríamos afirmar, siquiera en principio, la existencia de entes pertenecientes a esa realidad? Y, puesto que el método no puede ser

⁴ De aquí la tendencia tan extendida a preguntar qué es en realidad el hombre, en qué consiste de veras el impresionismo, qué significa propiamente trabajar a tiempo completo o cuál es la naturaleza jurídica de la franquicia o del matrimonio (cfr. BULYGIN, Eugenio, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961).

empírico, porque los entes postulados tampoco lo son, ¿por qué afanarnos en buscarlo si su resultado resplandece por sí solo en nuestra conciencia?

De ahí que nos sintamos irresistiblemente tentados a ejecutar dos transgresiones intelectuales. La primera consiste en tomar por conocimiento evidente ciertas creencias y modos de pensar recibidos de la cultura en la que hemos sido educados. La segunda, denominar el acto de aceptar esas creencias con el nombre de razón, palabra dotada del prestigio que le transmiten la lógica y las matemáticas. Decimos, pues, que hay un mundo ideal (y especialmente moral, que es lo que nos importa) que es asequible a la razón, a la vez que aceptamos que, como el hombre es imperfecto (sobre todo el que no coincide con nuestro punto de vista), la razón humana es falible y –cuando es mal conducida– puede caer en el error.

En este punto de la construcción del pensamiento, el sujeto se ha adueñado del podio moral universal; pero no lo hace invocando su propia autoridad sino, más humildemente, presentándose como uno más entre la multitud de sujetos que emplean su razón de manera plausible.

Si alguien discutiera ese título, el sujeto respondería: “yo no soy perfecto ni tengo el monopolio de la verdad moral; pero ¿no ve usted cuánta gente está de acuerdo conmigo? ¿Quién hay que desaprobe el bien, la justicia, la dignidad? ¿Quién hay que apruebe el homicidio, el robo, la traición? ¿Cómo podríamos todos nosotros estar equivocados y, en cambio, dar la razón moral a los perversos?”

Aquí se abre una nueva dificultad: es cierto que todos (o casi todos) defendemos el bien, la justicia, la vida y la dignidad; pero este mismo acuerdo generalizado entre personas de talante tan dispar antes que confirmarnos en la corrección de nuestras tendencias, debería ponernos en guardia acerca del significado de las palabras que usamos para designarlas. Los ideales morales son tan vagos que –dentro de límites muy laxos y con sujeción a las condiciones de excepción que cada uno se reserve– tienen una función más pronominal que sustantiva, ya que permiten a cada sujeto usarlas para denominar sus propias aspiraciones, aunque sean incompatibles con la de su vecino en una situación concreta.⁵

⁵ Kelsen ha señalado que la tan repetida fórmula de Ulpiano, según la cual la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, deja sin responder el punto central, que es de

Pero estas reflexiones no hacen mella en el espíritu de nuestro paradigmático sujeto: él observa las coincidencias, aunque sean predominantemente lingüísticas, con más atención que la que concede a las divergencias, porque aceptar que detrás del discurso dominante se ocultan conflictos insolubles eliminaría el reaseguro argumental del consenso, lo obligaría a hacerse personal e individualmente responsable de su "fe moral"⁶ y pondría en peligro el edificio ontológico construido sobre terrenos ajenos al campo empírico.

En esas condiciones, nuestro sujeto emprende el estudio del derecho. La práctica profesional lo habitúa a la dogmática del siglo XIX, que ensalza la ley pero no se priva de corregirla mediante la interpretación; niega que la autoridad del intérprete sea creativa pero admite de buen grado la diversidad de criterios, siempre que se oculte pudorosamente tras la unicidad de cada proceso judicial; postula principios superiores a la ley misma mientras deriva su conocimiento a la consabida "razón" y, en definitiva, hace del derecho lo que le parece pero esconde su autoría, que atribuye en parte al legislador (adecuadamente interpretado) y en parte a aquella realidad no empírica, oscura pero accesible, que es más poderosa que el voto popular y de la cual el intérprete se proclama humilde pero certero sacerdote.

El derecho, sancionado por sujetos semejantes a nuestro observador, tiende a confirmar positivamente ese modo de pensar. Las dictaduras, las masacres, los abusos de todo tipo han asqueado a la humanidad. Claro que no a toda, ni en la misma medida: primero, a las víctimas, a sus familias y amigos y a quienes se identifican con ellos; en segundo lugar, a los ciudadanos políticamente correctos que desaprueban en general aquello que cause sufrimiento y, por último, a los indiferentes que condenan toda acción que se les presente en lenguaje peyorativo aunque acaso puedan incurrir en ella más adelante, llevados por un interés cir-

terminar qué es lo suyo de cada uno (cfr. *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 49). Otro tanto puede decirse del mandato de vivir honestamente (porque requiere determinar los "parámetros de honestidad" y del de no dañar a otro porque presupone una definición de daño y, además, obliga a reconocer que ciertos perjuicios a terceros son admisibles como resultado del ejercicio de un derecho).

⁶ Fromm llamaba "miedo a la libertad" a algo muy parecido a esto (cfr. FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1959).

cunstantial y una adecuada reformulación lingüística. Aun desde esta plataforma moral cuya solidez disminuye hacia la periferia, los hacedores de declaraciones, convenios y constituciones se sitúan frente a los malvados con el maniqueísmo propio de la fe profunda y, al dar por sentado este enfrentamiento entre el bien y el mal, enuncian principios generales como si el contenido de tales formulaciones fuera necesariamente compartido por todos los partidarios de la virtud. Las palabras que se emplean para generar este discurso gozan de un prestigio emotivo casi unánime, aunque su contenido suele adolecer de la más incómoda clase de vaguedad, que es la que hace depender la designación del concepto de la composición y de la intensidad de las preferencias del hablante. Y este último inconveniente se ve disimulado a los ojos de todos, precisamente por la ilusión de unanimidad generada por el acuerdo emotivo-formal y largamente presupuesta por la prédica cultural.

II. CÓMO HACER INSEGURO TODO LO IMAGINABLE

Hasta aquí he criticado una vertiente de las dificultades filosóficas del pensamiento jurídico: la que postula una realidad no empírica y una consiguiente verdad provista por métodos carentes de aceptación universal. Dije que hay una parte de nuestro discurso, dependiente de los deseos, preferencias o convicciones del legislador, que no debería asimilarse al campo de lo real.

Pero también adelanté que es posible una distorsión⁷ de sentido opuesto: la que tiende a subjetivizar el contenido íntegro del discurso.

El sujeto que sigue esta línea parte, probablemente, de su reacción negativa ante la tendencia anterior, que le parece dogmática y autoritaria. Bucea conjeturalmente en los presupuestos de lo que suele darse por sentado y no tarda en encontrar una tradición cultural que podría haber

⁷ Desde luego, la palabra "distorsión" tiene un fuerte componente valorativo. Desde el principio de este trabajo he partido de una valoración personal, no precisamente moral pero sí pragmática: la que considera mejor un marco teórico consistente que otro contradictorio, uno más amplio que otro que sólo valga para algunas cuestiones o para algunas personas y uno que contribuya de igual manera a fundar la actividad de cualquiera que otro que sólo facilite la acción de quienes sustenten una opinión determinada. Cfr., en sentido coincidente, HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 257 a 261.

sido distinta, apoyada y difundida por una estructura de poder –político, religioso, literario, médico, educativo o de cualquier otra subclase, ya que todas ellas se hallan inextricablemente enredadas– contra la que, si quisiéramos, podríamos rebelarnos.

Nuestro sujeto ejerce su rebelión a partir de lo político, nivel más cercano a la superficie del pensamiento y de los argumentos y más fácilmente generador de discrepancias, para extenderse luego al restante campo de la ética, de la estética, de la metodología y, finalmente, de la ontología.

No se contenta con negar a Dios: quiere desmontar (¿deconstruir?) todos los esquemas que le han sido dados, de los cuales desconfía ya por principio. Y pronto advierte el poder de la mirada (la suya, la de cualquiera). En efecto, es un hecho que, aunque seamos capaces de ver todo lo que está ante nosotros, no prestamos atención sino a lo que, por una razón u otra, hemos juzgado interesante. No es lo mismo ver que mirar, oír que escuchar, oler que olfatear: los sentidos nos traen mucha información, pero sólo paramos mientes en una pequeña cantidad de ella a la que concedemos relevancia subjetiva.

Así es como dos personas pueden describir de modo distinto el mismo segmento de la realidad. Así es como, además, pueden recortar los segmentos a describir de modo tan dispar que el relato de uno no se reconozca en el del otro.⁸ Pueden agrupar (clasificar) esos segmentos, una vez recortados como objetos, en clases que ellos constituyan de manera divergente a partir de asignar relevancia a diferentes características. Y, aun cuando coincidan en todo esto, cada una de esas personas puede entender, como base de la construcción de su propio modelo descriptivo, que es más útil, importante, explicativo o fructífero adoptar ciertos juicios de relevancia para elegir una o más características entre las infinitas que pueden distinguirse en cada estado de cosas. En estas condiciones, el sujeto empieza a preguntarse si tiene sentido hablar de una realidad o si, por el contrario, es mejor diluir ese concepto en una miríada de percepciones e interpretaciones individuales, acaso agrupables según sus contingentes semejanzas.

⁸ Esta inquietante perspectiva es sugerida por Borges en su cuento “El extranjero” (cfr. BORGES, Jorge Luis, *Ficciones*).

Esta última alternativa le parece respetuosa de las diferencias y de la autonomía del hombre, incompatible con la tiranía del poder concentrado y, en definitiva, favorable a la creatividad individual. “Que florezcan cien flores”, se dice el sujeto citando a Mao Zedong, y rechaza por completo la ya odiosa ontología.

En estas circunstancias, el clima del pensamiento se ve enrarecido. El reino de la realidad incluye objetos y acontecimientos empíricos, en cuya identificación y verificación todos coincidimos; pero también incluye entes sujetos a apreciaciones divergentes y sujetos a cambios constantes y no sensibles, lo que permite a algunos poner en tela de juicio la realidad entera y, tomando las opiniones como modelo, sostener que cada individuo –o cada grupo social– tiene su propio mundo real y consiguientemente su propia verdad;⁹ de modo inverso a como, en el extremo analizado en el apartado anterior, otros proclaman una suerte de iluminación privilegiada que habilita a sus beneficiarios a sostener un mundo de verdades que no todos somos capaces de ver sin su esclarecida guía.

Al panorama de la dupla realidad/verdad se agregan versiones poco eficaces del concepto de conocimiento. O bien se lo identifica con la creencia de cada individuo, grupo o época, o bien se lo hace depender de emociones postuladas como necesarias y más o menos unánimes. En cualquiera de estos casos el método, vehículo intersubjetivo capaz de guiar el razonamiento acerca de lo que pueda estimarse real o verdadero, queda inevitablemente en tela de juicio.¹⁰

El resultado final de esta opción libertaria es tan impracticable como la anarquía opuesta al despotismo. En ella, cada uno construye su realidad, de lo que resulta que creencia, opinión, hipótesis, verdad, cono-

⁹ Esta dificultad, de sentido opuesto a la que examinaba al principio, merece su propio análisis. A partir de la efectiva diversidad de opiniones político-morales (y a menudo desde el subjetivismo tolerante con el que los menos influyentes reclaman ser tratados por quienes coyunturalmente ejercen el poder), se proclama una pluralidad de realidades morales efectivas, separadas una de otra por el tiempo, el espacio, los límites de cada sujeto o la tradición cultural. Desde allí, la necesidad de coherencia interna lleva a admitir un subjetivismo ontológico general, a menudo socialmente delimitado, del que resulta que cada comunidad (como quiera que se la defina) tiene su propio mundo y su propia verdad, coincidentes con sus creencias y opiniones predominantes.

¹⁰ Cfr. FEYERABEND, Paul K., *Contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Buenos Aires, Orbis, 1984.

cimiento y realidad devienen una y la misma cosa: un estado mental de cada observador, que goza de su aceptación deliberada o inconsciente. Los conceptos que manejamos intersubjetivamente se devalúan del mismo modo como se devaluaría el dinero si cada ciudadano fuese formalmente autorizado a emitir sus propios billetes de curso legal.

A partir de aquí, carece de sentido discutir acerca de los hechos, porque cada uno tiene los propios, modelados por su creencia, que a su vez equivale completamente a su conocimiento y a su verdad, incontrastables por otros sujetos que a su vez tienen su realidad, su verdad y su conocimiento identificados con sus creencias o actitudes individuales.

Lo grave es que, aunque no siempre lo pensemos, esta concepción afecta segmentos del discurso habitualmente menos controvertidos. A poco que se la tome en serio, en ella cada uno no sólo tiene su propia posición política, su propio sistema jurídico y su propia ciencia social, sino su propia astronomía, física y biología.

Puede obtenerse un respiro en esta subjetividad tan extrema, si se presta atención a las coincidencias: mi química coincide, hasta donde sé, con la de mi vecino; mi física es ampliamente compartida, mi astronomía concuerda con la usual en otros países.

Se llega así a construir un concepto intersubjetivo (social) de realidad que no deja de traer algún alivio: es posible, después de todo, fundar nuestro discurso en algo un poco más sólido (esto es, que ofrece mayor resistencia) que nuestras opiniones individuales. Estamos en condiciones de comparar nuestras opiniones y de elaborar un juicio intersubjetivo acerca de cada una de ellas. Además, como la piedra de toque que usamos para aceptar ese juicio es cierto consenso social, nuestra situación deja de ser anárquica para parecerse elegantemente a la democracia. Nuestras valoraciones son correctas si se atienen a los valores sociales, es decir, a los criterios de valoración que son habituales en el medio donde vivimos, sufrimos y votamos; y no parece un sacrificio excesivo ceder nuestra preferencia a la ley de la mayoría.

Empeñados, pues, en hacer de la valoración el centro de nuestro universo ontológico (tal como lo hacía la concepción criticada al principio), no nos molesta inmediatamente dejar que las descripciones del

mundo material giren también alrededor de ella. Y encontramos dos excelentes argumentos para justificarlo.

El primer argumento observa que las descripciones empíricas suelen gozar de consensos más amplios que las valoraciones, de tal suerte que la realidad astronómica bien puede tener un alcance más extenso que la realidad de los valores (o la verdad de los juicios acerca de la corrección de los criterios políticos y morales).

El segundo argumento afirma que aun los juicios descriptivos, que no son otra cosa que modelos, se fundan en juicios de relevancia (selección subjetiva de las características a describir) y, por lo tanto, no están exentos de algo parecido a valoraciones. Este argumento permite incluso burlarse de cualquier pretendida objetividad, atribuyéndole el carácter de una imposición de puntos de vista (ejercicio del poder) que alcanzó un éxito tan duradero y general como contingente y controvertible.

Llevada a sus últimas consecuencias, esta línea de pensamiento reduce toda reflexión humana a aspectos más concretos o más abstractos de la lucha de todos contra todos por el poder y el dominio: quien obtenga suficiente poder determinará no sólo el modo de distribuir la riqueza y de ejercer el gobierno, sino también el movimiento de los astros, la existencia de los continentes y la frecuencia de las lluvias.

Es cierto que esta reflexión no es tan alarmante: después de todo, sería muy difícil que alguien acumulara tanto poder que adquiriese la facultad de abolir la Luna y elevar a doce meses el período de gestación humana. La gran dificultad práctica reside en el interior de esta línea de argumentación. Si hay valores morales, pero esa realidad moral depende entera y exclusivamente del consenso social, toda valoración que no participe de ese consenso es incorrecta. Nadie tiene derecho moral a oponerse a ella, a criticarla como decadente ni a proponer su superación desde otra opinión que se considere preferible o más avanzada. El disidente ha de rumiar en minoría su propia incorrección moral (su error moral) a la espera de que su perversidad, al extenderse, se convierta *ipso facto* en virtud, actitud que las almas buenas sólo atribuirían al mismísimo demonio.

El sujeto que no quiera hacerse cargo de esta consecuencia tendrá que reconocer que el alto precio ontológico y epistemológico pagado en

moneda astronómico-biológica no le ha comprado, después de todo, una situación más confortable en el ámbito político-moral.

III. LO QUE QUEDA DEL DERECHO Y CÓMO PRESERVARLO

Todas las perturbaciones precedentemente examinadas, aplicadas al campo del derecho, generan una notable confusión. El texto de las leyes es públicamente conocido, pero tal parece que el verdadero contenido del derecho no depende de él por completo ni aun principalmente. Ese contenido es manifiesto en constituciones, tratados y declaraciones, pero tampoco depende estrictamente de ellos, sino de una realidad distinta, a la que puede accederse por un método que no todos saben aplicar ni arroja el mismo resultado para distintos observadores. Los jueces son llamados a dirimir los conflictos, pero se reclama su destitución cada vez que omiten valorar adecuadamente los principios como cada uno los ve, sin que les sirva de excusa convincente haber aplicado la ley. Cada reclamo judicial se parece (más que antes) a una jugada de lotería, ya que ha de depender de la opinión o de la iluminación del intérprete sorteado para ejercer la autoridad estatal.¹¹ Las garantías jurídicas formales (irretroactividad de la ley penal, *non bis in idem*, igualdad frente al derecho) se hallan siempre en peligro de verse subordinadas a una superior e impredecible necesidad de justicia material o de vindicación colectiva. La representación popular, alicaída por su ejercicio frecuentemente decepcionante, es cada vez más reemplazada, como fuente formal del derecho, por las que antes se llamaban fuentes materiales. Estas fuentes siguen requiriendo quien las reconozca, valore, ordene y aplique, pero la autoridad de quienes lo hacen tiene su legitimidad disminuida y sujeta al vaivén de los intereses y al juicio de los medios de comunicación.

En suma, cada vez sabemos menos qué es el derecho, cuál es su contenido, en qué medida es uno para todos y de qué manera ha de aplicarse a los casos concretos.

¹¹ Cfr. "Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico", en *Anuario de filosofía jurídica y social* 2006, nro. 24, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2007, p. 139.

En reiteradas oportunidades he propuesto para esta situación remedios que podría llamar sintomáticos, que nos permitieran convivir mientras la tendencia filosófica, teórica, metaética y metodológica persista.¹² Pero aquí me atrevo a una sugerencia más ambiciosa: revisar nuestro pensamiento con seriedad, entendiendo por tal el modo que nos conduzca a reflexiones más eficientes para elaborar, debatir y poner en práctica objetivos comunes.

Para esto es preciso, ante todo, revisar la ontología contenida en el lenguaje cotidiano para rescatar el valor fundante del método en la construcción del pensamiento y del discurso. Allí donde dispongamos de un procedimiento dotado de amplio consenso, utilizable por cualquiera con los mismos resultados independientemente de las propias preferencias, sintámonos libres para hablar útilmente de realidad, verdad, demostración y conocimiento, sin temor a estar bendiciendo torvas decisiones de opresores sociales, pero sin dejar tampoco de mantener nuestra mente abierta para examinar cualquier propuesta metodológica novedosa a la luz de la universalidad de sus resultados. Donde no dispongamos de un método semejante, conformémonos con hablar de creencia, opinión, argumentación y acuerdos parciales y contingentes. Usemos el primer campo, sin permitir su contaminación por el segundo, como plataforma firme común para debatir nuestras diferencias en el reino de la opinión. Examinemos los argumentos cruzados con lealtad, sin concederles carácter sagrado, y vayamos atesorando los acuerdos sin imaginarlos definitivos ni eternos, sino susceptibles de renovación constante. Y, por último, seamos capaces de hablar de todo esto sin confundir la opinión con la verdad, el argumento con la opinión ni el interés con el argumento.

¹² *Ibidem* nota anterior. Cfr. también CERDIO HERRÁN, Jorge, Ricardo A. GUIBOURG (dir.), Miguel Ángel MAZZA, Liliana RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Sara N. SILVA, María C. SOLVÉS y María T. ZOPPI, *Análisis de criterios de decisión judicial, el artículo 30 de la LCT*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2004.

Clásicos

La ciencia jurídica positiva y el jusnaturalismo*

AMBROSIO L. GIOJA**

DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL

Conviene, cuando se trata de separar al derecho positivo del derecho natural, que el análisis se realice dentro del plano de la ciencia, esto es, que la distinción se intente entre lo que comúnmente se denomina ciencia jurídica positiva y ciencia jusnatural.

Porque la diferencia entre ambos derechos ha sido señalada desde antiguo por el jusnaturalismo. Pero con un significado diverso al que aquí nos interesa. Sin embargo, como no en balde las dos cuestiones se expresan en los mismos términos, la analogía que ellas encierran puede provocar confusión.

Por otra parte, en la actualidad, la controversia entre los partidarios del Derecho positivo y del Derecho natural parece incidir, principalmente, en la existencia y naturaleza del objeto, denominado por cada bando como Derecho. Claro que cualquiera sea la solución aceptada por éstos, es decir, admitan la coexistencia de un derecho natural y de un derecho positivo, ya en un mismo nivel, ya en niveles distintos como un derecho que debe ser y un derecho que es, o no la admitan, eliminando como tal derecho ya al natural ya al positivo, lo cierto es que todo el problema se desenvuelve con el presupuesto implícito de consistir en un problema sobre objetos. Y esto, que en sí mismo no trae acarreado inconveniente alguno, provoca inconvenientes graves si por objeto se entiende o se

* Publicado originalmente en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, nro. IV, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 95-117.

** (1912-1971). Profesor titular de Filosofía del Derecho y director del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

sobreentiende, de manera única, algo dado en forma pasiva, desconociéndose toda una gama de objetos construidos epistemológicamente.

De allí que a nuestro estudio sobre el tema lo trasladamos de la esfera “objetiva” a la esfera científica. Creemos aclarar, en esta forma, el planteo tradicional, puesto que el interrogante queda centrado como una cuestión sobre tipos de conocimiento y sustentado, todo ello, por el hecho real de la existencia de obras jurídicas que se nos ofrecen, como prototípicas.

Porque lo que nosotros afirmamos al oponer derecho positivo a derecho natural no quiere decir otra cosa que entre *The law of the United Nations* de Hans Kelsen y el *Traité des obligations* de Robert Joseph Pothier, por ejemplo, podrían existir diferencias fundamentales que nos permitieran clasificarlos como productos culturales de distinta especie.

Empero, tales diferencias, de haberlas, sólo se advertirán con claridad mediante un trabajo que, rebasando la mera descripción del proceder científico, se adentre en la esfera precientífica, lugar donde cabe encontrar, en última instancia, las supremas razones del saber humano.

Queda de esta manera trazado nuestro camino.

Previa una ligera referencia a la posición tomada por nosotros con respecto al carácter de la norma jurídica, señalaremos las notas que a nuestro parecer son las decisivas cuando se distingue la ciencia jurídica positiva del jusnaturalismo, para pasar, inmediatamente, a una descripción fenomenológica de los diversos actos de verificación utilizados por ambas ciencias, con el objeto de conseguir, así, la mayor comprensión posible de toda materia.

LA NORMA JURÍDICA

Denomínase generalmente normas jurídicas a las proposiciones que mencionan como debiendo ser a cierto tipo característico de conducta. Este tipo característico de conducta no ha sido siempre entendido de la misma manera por los diversos hombres de ciencia que han trabajado usando la expresión “norma jurídica”. A veces se lo hubo señalado indicando conductas que fueron calificadas por medio de palabras tales como “alteridad”, “bilateralidad”, “intersubjetividad”, etc. Otras veces se lo indicó señalando aquellas conductas que privan a los hombres de

su vida, su libertad, sus bienes, etcétera, es decir, aquellas conductas a las que se da en llamar “conductas coercitivas”.

Pero las diferencias del sentido atribuido a las normas jurídicas no se reducen a las que acabamos de señalar sobre las diversas clases de conductas que ellas mencionan sino que se extienden también a los diversos significados que cabe adjudicar al propio vocablo “deber ser”. Ciertos autores creen haber descubierto la más provechosa significación de “deber ser”, si se lo relaciona íntimamente con algún valor específico o con algún plexo de valores específicos; otros científicos creen que dicha significación se da cuando “debido” es usado como idéntico a cualquier valor de conducta y con la significación correspondiente a este último, otros consideran a la palabra deber como una palabra perteneciente a la familia de palabras valorativas, semejante por consiguiente a “bueno”, “correcto”, etc., pero con un significado autónomo; otros le niegan al deber referencia a todo lo que sea valor y lo consideran como un concepto que encierra un significado específico pero axiológicamente neutro; etc.

Sin embargo, ni la clase de conductas ni el significado de la palabra “deber” agotan las grandes controversias sobre lo que constituye una norma jurídica. Enorme discusión se ha elevado, también, acerca de su auténtica forma lógica. Que si se trata de un juicio hipotético; que si no es necesario que sea exclusivamente tal y por el contrario muchas veces es sólo un juicio categórico; que si es exclusivamente un juicio disyuntivo; que si las antedichas formas de juicios son intercambiables y por lo tanto vana la disputa; que si la estructura lógica la encontramos bien formalizada a través del esquema: “Es que...”, en donde se sustituye en nuestro caso por el vocablo “debido” y los blancos del esquema se llenan con el tipo de conducta que se considere como conducta jurídica, etcétera.

Y hasta ahora nos hemos referido únicamente a las llamadas normas jurídicas completas. De pronto al lado de estas últimas nos encontramos también con otras normas que son generalmente denominadas normas jurídicas incompletas o delegantes. Las normas jurídicas incompletas no mencionan como debiendo ser determinadas conductas de las admitidas como jurídicas sino que mencionan la existencia de un determinado proceso (ciertos actos de expresar significativo, ciertas costumbres, ciertas conductas del hombre, etc.) como condición para que las conductas ju-

rídicas significadas en aquellas expresiones o análogas a aquellas otras conductas acostumbradas o realizadas por cierto individuo, sean consideradas como conductas debidas. Esta nueva especie de normas jurídicas complica aún más todo el panorama pues nuevos interrogantes sobre el contenido, el deber ser, la estructura lógica, etc., surgen sobre los desarrollos con anterioridad.

No es nuestra intención ocuparnos en detalle de estas cuestiones. Se indicaron con la única finalidad de evitar una confusión entre distintos planos de ideas. Nosotros tomamos posición en lo que sigue respecto a cada una de ellas. Pero lo que aquí es importante, lo que resulta decisivo para todo el curso ulterior de nuestros pensamientos, consiste en la admisión del carácter teórico de las normas jurídicas, es decir, en la admisión de que podamos, cuando se nos ocurra, predicar de ellas, con sentido, verdad o falsedad. De otro modo no cabría ni empezar a hablar de la existencia de "ciencias jurídicas" siempre que se le siguiera concediendo a la expresión "ciencia" el sentido genérico de conocimiento.

Se ha objetado, sobre todo en el campo de la ética, esta manera de ver a las proposiciones normativas morales como enunciados teóricos. Posiblemente la decadencia de la casuística y la no aparición de algún nuevo saber sistemático de corte científico, que ha reducido todo el estudio ético a un estudio filosófico, tienen la culpa de esta extraña distorsión. Es así que en contra de la tesis que ve en las proposiciones normativas enunciados descriptivos se han levantado distintas tesis que van desde negar toda significación a las normas morales reduciéndolas a meros signos o señales de actos de conciencia hasta admitir que si bien esas normas no tienen significación estrictamente teórica poseen, sin embargo, significación de tipo emocional-volitivo que permite dar razones en pro o en contra de ellas.

Kelsen ha sido, en la esfera del derecho, el campeón contemporáneo en favor de la interpretación de las normas jurídicas como juicios descriptivos y no como interpretativos. Toda su larga obra epistemológica se apoya en esta idea. Los enunciados de la ciencia jurídica son para él juicios teóricos y no órdenes. Con el objeto de evitar ciertos equívocos, en sus últimas obras, desde hace varios años, distingue, con gran rigor, aquellas expresiones de las expresiones del legislador a las que también

se denominan normas. Es así que recomienda llamar a las primeras reglas o proposiciones jurídicas y dejar para las segundas el antiguo nombre de normas jurídicas.

En este trabajo usaremos las expresiones de norma jurídica, de regla y de proposición jurídica como expresiones sinónimas, refiriéndonos con ellas a las descripciones de los científicos y no las prescripciones de los legisladores.

LA CIENCIA JUSNATURAL Y LA VERIFICACIÓN DE SUS PROPOSICIONES

Sería erróneo creer que existen diferencias de importancia entre la ciencia jusnatural y la ciencia jurídica positiva en su estructura sistemática. El orden y la correlación lógica de los enunciados son en ambas disciplinas muy semejantes. Si en realidad se quieren señalar las notas distintivas que caracterizan a ambas ciencias se hace necesario abandonar la atención sobre la configuración lógica y dirigir la mirada hacia las formas de verificación. Aquí sí que encontramos novedades y de gran importancia.

La ciencia jusnatural procede de varias maneras en su intento de verificar las proposiciones jurídicas que enuncia. De continuo se mueve con normas generales a las que atribuye origen en determinados "órganos" legislativos o en ciertas prácticas humanas. La existencia de los actos de expresión significativa de aquellos "órganos" o la existencia de ciertas costumbres de ese grupo social constituyen, entonces, la prueba adecuada de esas normas. Al lado de estas normas generales, trata también con otras normas generales, cuyos contenidos de conducta coinciden a veces con las anteriores y a veces no, a las que confiere validez mediante la probanza de la existencia de una relación de implicación entre la conducta por ellas mencionada y otras situaciones especiales.

En ambos razonamientos queda en la oscuridad la verificación de sus últimas bases, pero solamente por sabido de suyo. Es de total evidencia que el fundamento final de toda proposición normativa no es otra que la intuición de un valor intrínseco aunque expresamente no se lo diga sino por algunos pocos de los cultores de esta disciplina. Y la intuición de los valores intrínsecos de conductas no sólo actúa como

telón de fondo de esas maneras de razonar sino que sirve a menudo para justificar directamente normas generales. Los jusnaturalistas distinguen, de acuerdo a esta diversa manera de verificar la verdad de sus proposiciones, entre normas de derecho positivo y normas que consideran estrictamente de derecho natural.

Pero los juicios llamados por ellos de derecho positivo tienen, como se ha visto, una dependencia muy especial con los juicios del Derecho natural estricto. En primer lugar, porque para que la existencia de un acto de expresar significativo o de una costumbre sirvan como razones de verdad de una norma se hace necesario la existencia de una previa valoración afirmativa en favor de las últimas normas delegantes en las que se apoyan, y esta valoración afirmativa es para el jusnaturalismo, como ya lo hemos dicho, una valoración intrínseca en última instancia la que justifica al derecho natural estricto cuando se trata de una conducta debida por causa de otra. En segundo lugar, porque de manera confusa se mezclan con argumentos de derecho positivo argumentos de derecho natural, en el sentido de que a menudo no se reconoce en el acto de expresión significativa o en la costumbre actividad creadora alguna sino, únicamente, simples manifestaciones de una conducta valiosa ya intrínseca o extrínseca, es decir, que la verificación de las proposiciones normativas tiene que realizarse de acuerdo con esos tipos de valoración y no sirve, de manera definitiva, como prueba de su verdad, la constatación de aquellos actos o de aquellas costumbres, los que pasan a ser vistos meros síntomas.

LA CIENCIA JURÍDICA POSITIVA Y LA VERIFICACIÓN DE SUS PROPOSICIONES

La ciencia jurídica positiva excluye, en su trabajo de verificación, todo recurso a instituciones valorativas. De esta manera pareciera difícil poder justificar la verdad de sus enunciados normativos. Sin embargo, su labor de conocimiento no se entorpece por ello sino que, por el contrario, gana en objetividad.

Para conseguir resultado tan sorprendente la ciencia jurídica positiva hubo de inclinarse en favor de un proceder "idealizante" que la autorizase a una estricta comprobación fáctica de sus aseveraciones teóricas. El

artificio utilizado para estos fines no fue más que presuponer, por parte del científico, como debiendo ser, a toda conducta coercitiva que se hubiere establecido, significativamente, por cierta expresión oral o escrita determinada, o que se hubiese establecido, en tanto que análoga, por la realización de ciertas conductas humanas. Esta presuposición puede ser enunciada de modo explícito mediante una proposición normativa, proposición a la que Kelsen ha denominado norma fundamental o norma básica del orden jurídico.

Apoyado en la norma básica presupuesta el jurista verifica sus reglas o proposiciones jurídicas por medio de la existencia, únicamente, de situaciones fácticas como son, por ejemplo, los actos de expresar significativo del legislador, del juez, las diversas costumbres, etc. Y si bien estas reglas o proposiciones jurídicas, así verificadas, mencionan conductas como debiendo ser, sin que este deber ser tenga ninguna connotación axiológica, el orden jurídico resultante de su sistematización a partir de aquella norma básica tendrá o no valor de acuerdo a la utilidad que pueda prestar en la interpretación de las valoraciones intersubjetivas de un grupo de hombres dado.

Esta forma de trabajar de la ciencia jurídica positiva es distinta a la usada por la ciencia jusnatural cuando trata de probar sus juicios sobre el, por ella llamado, derecho positivo, justamente, en virtud de la apelación a la norma básica presupuesta. Pues si bien la ciencia jusnatural intenta probar sus juicios sobre el derecho positivo, en un primer momento, de la misma manera que la ciencia jurídica positiva, es decir, remitiéndose a actos de expresión significativa o a costumbres, etcétera, para la justificación de éstos necesita, como más arriba fue ya dicho, de alguna última intuición sobre valores intrínsecos.

PRESUPUESTOS DE TODA CIENCIA JURÍDICA

a) *LOS VALORES DE LAS CONDUCTAS GENERALES*

Cuando por medio de una proposición determinamos como valiosa una conducta general, esto es, cuando hacemos predicativamente explícita la propiedad valor de una conducta que indiferenciadamente ya la poseía, nuestro quehacer consiste en recubrir con una capa lógica, en este caso con la estructura judicativa, un proceso inferior de variada

complejidad. Por supuesto que nos estamos refiriendo no a un mero juicio sino a un juicio axiológico claro.

A primera vista, si queremos analizar dicho proceso, estamos tentados de repetir el análisis del proceso de experiencia de objetos materiales, destacando la diferencia existente entre la constitución pasiva en la que los objetos materiales se originan y la constitución activa en la que los objetos valiosos se nos presentan. La intuición valorativa constituiría una especial intuición con características propias, sin que esta especificidad produjese una gran extrañeza pues no se daría aquí otra cosa que un nuevo ejemplo de la verdad, ya conocida, de que cada clase de objetos tiene su propia manera de aparecer. De esta manera correspondería señalar el papel esencial que desempeñan las personalidades descubridoras de nuevos valores frente a los otros miembros del grupo humano al que pertenecen, en todo aquello que se relaciona con la objetividad de dichos nuevos valores. Con todo, los valores se nos entregarían “en carne y huesos”, y los juicios valorativos que sobre ellos enunciáramos encontrarían su fundamento en una intuición de valor.

Pero la cosa no es tan simple. No hay duda de que gran número de juicios axiológicos tienen esa base intuitiva y pareciera no haber duda, también, de que una intuición de ese tipo constituye un ingrediente necesario de toda otra fundamentación de juicios axiológicos. Sin embargo, siempre, moralistas y juristas han creído ver otros tipos de fundamentación. Por lo menos generalmente se ha distinguido entre valores intrínsecos y extrínsecos o valores de fines y valores de medio. Porque las conductas valiosas pueden ser soportes de sus propiedades valiosas no únicamente porque son valiosas por sí sino, también, porque son valiosas por otros objetos, acerca de los cuales aquéllas son sus condiciones suficientes. Claro que los objetos valiosos que contagian, por así decirlo, su valor a sus condiciones suficientes necesitan tener como término, si no lo son en sí mismos, objetos valiosos por sí.

En consecuencia, las conductas valiosas como medios son objetos preciados que requieren la existencia de un objeto valioso como fin y la existencia de una relación de implicación entre ellos y su término. De existir hechos intermediarios requerirían una relación de implicación de ellos en cadena y de tal forma que permita la conexión de la conducta valiosa como medio, a través de los otros medios, al hecho valioso como

fin. De aquí que los juicios de valor extrínsecos tengan que apoyarse en un objeto valioso que se les presenta no es una simple intuición de valor, sino el resultado de una operación compuesta del espíritu.

Con todo hay todavía otra clase de cualidades valiosas a más de las intrínsecas y extrínsecas señaladas.

Descuidada por los moralistas, han sido los juriconsultos los que reconocieron su importancia en razón, con toda seguridad, de que es en la esfera jurídica donde se presenta esa clase de cualidades valiosas con mayor frecuencia. A estas propiedades valiosas podríamos llamarlas, a fin de distinguirlas de las intrínsecas y extrínsecas, propiedades valiosas delegadas.

Consistirían, por ejemplo, en aquellas determinaciones valiosas de conductas humanas que hubieran aparecido en virtud de que dentro de ciertas circunstancias un hombre o varios hombres hubieran expresado a dichas conductas. En estos casos lo considerado como valioso no es el acto de expresión significativa sino la conducta significada en ese expresar. Por lo menos no es necesario que dicho expresar significativo sea valioso.

Lo característico de esta situación es que una conducta, que pudiera no tener valor ni en sí misma ni por sus consecuencias, es considerada valiosa porque, como acabamos de decir, ha sido mencionada de determinada manera.

Pero los valores delegados se presentan en una conducta no sólo gracias a ciertos actos de expresar significativo tal como hasta ahora lo hemos señalado, sino también por medio de ciertos actos prácticos.

En efecto, es posible admitir como valiosa una conducta, y se lo admite de hecho comúnmente, no porque ella sea valiosa ni intrínseca ni extrínsecamente, ni porque haya sido especialmente mencionada conforme a lo dicho más arriba sino, únicamente, porque es una conducta semejante a la efectuada por cierto hombre o es una conducta semejante a las conductas acostumbradas por cierto grupo de hombres. Ahora bien, cuando una conducta es valorada con algún valor delegado sea por la existencia de una expresión significativa, o por la existencia de una costumbre, o por la existencia de otra conducta individual, ello es únicamente posible porque previamente se ha considerado como valiosa cualquier conducta

que fuese semejante a la expresada significativamente, a la acostumbrada o al acto en cuestión, una vez que estas situaciones la hubiesen determinado realizándose. Esto es: se necesita de una valoración sobre conductas indeterminadas para que cuando estas conductas se determinan en virtud de la aparición de ciertas situaciones, surja una valoración sobre ellas. Entonces la presencia de esos actos, costumbres o expresiones significativas aun antes de que aparezcan las conductas permiten determinar con valor dichas conductas y, en consecuencia, la verificación de tal valor no nos obliga a recurrir a las conductas valoradas sino únicamente a la existencia de los actos por causa de los cuales aquéllos se evalúan.

b) CONFLICTOS DE VALORES SOBRE IDÉNTICAS CONDUCTAS GENERALES

Con los valores extrínsecos surge un problema que no tendría lugar si se considera únicamente a los valores intrínsecos. A una misma conducta se le puede atribuir valores extrínsecos contrarios. De acuerdo con cierta línea de resultados esa conducta es descubierta como buena, por ejemplo, mientras que de acuerdo a cierta otra línea de resultados se la ve como indiferente o como mala. O cabe admitir una conducta como buena intrínsecamente y como indiferente o como mala extrínsecamente, o viceversa. Este estado de cosas se complica más aún cuando se incluyen como propiedades valiosas a los valores delegados. Valores intrínsecos con valores extrínsecos, valores extrínsecos entre sí, valores intrínsecos o extrínsecos con valores delegados, valores delegados entre sí, pueden entrar en conflicto teniendo como soporte una misma conducta.

A nuestro entender, la solución de este problema fue dada en general por Brentano y sus actos de preferencia. Una conducta cualquiera, a la que quepa atribuirle diferentes valores de acuerdo a lo mencionado, tiene sin embargo siempre el valor de lo “mejor” que se encuentra entre aquéllos mediante un acto de preferencia. El acto de preferencia es un acto de intuición valorativa intrínseca que nos presenta el valor superior.

En la esfera de los valores delegados y cuando el conflicto se produce entre los valores delegados de la misma categoría es admisible también que en forma delegada se establezca la preferencia entre uno u otro de ellos. En este caso, la preferencia no sería el resultado de una intuición

valorativa intrínseca, sino únicamente la existencia de cierto hecho mencionado en aquella preferencia preestablecida. Es así que en una legislación escrita dada se puede haber legislado también para el caso de que se presenten dentro de ellas soluciones contradictorias.

Pero es necesario señalar con energía que por razones lógicas no tiene valor la preferencia establecida en forma delegada cuando se trata de valores delegados de distinta categoría o entre valores delegados y valores intrínsecos o extrínsecos. El último fundamento de todo valor delegado nos conduce a una valoración intrínseca o extrínseca, lo que hace que cuando se ha establecido una preferencia en forma delegada, ésta no tiene otro valor que su fundamento y este último es el que entra en el conflicto si se produce la situación de una conducta que tiene un valor intrínseco o extrínseco contradictorio en el valor delegado o una conducta que tiene un valor delegado contradictorio de una categoría, con el valor delegado de otra, por ejemplo, la legislación y la costumbre.

Cuando en un grupo social las discrepancias entre valores intrínsecos y extrínsecos frente a valores delegados se resuelven con preferencias en favor de estos últimos, suele calificarse a ese tipo de apreciación como positiva oponiéndola a la jusnaturalista que consistiría en dar preeminencia a los valores intrínsecos y extrínsecos frente a los valores delegados.

c) *DESAPARICIÓN DE VALORES SOBRE CONDUCTAS GENERALES*

La desaparición de un valor sobre una conducta general, si este valor es un valor intrínseco, surge juntamente con la desaparición siempre posible de la intuición valiosa que lo sostenía y puede ir acompañada con la aparición de un valor negativo sobre aquella conducta.

Pero si el valor es un valor extrínseco su desaparición tiene lugar, conjuntamente, ya con la desaparición del valor en el que se apoyaba en última instancia, ya con el reconocimiento de la falsedad de la relación de implicación entre la conducta valiosa extrínseca y la situación valiosa intrínseca.

Cuando nos encontramos con valores delegados el problema se hace más confuso. Ciertamente con la desaparición de los fundamentos de aquéllos, es decir, con la desaparición de la valoración de conductas indeter-

minadas, a determinar mediante la realización de ciertas situaciones fácticas (expresiones significativas, costumbre, actos humanos) desaparecen también los valores delegados que hubiesen, en su oportunidad, sido establecidos. Con todo, cuando la delegación se hace a expresiones significativas, estas mismas pueden mencionar la desaparición de otras valoraciones y consiguen su cometido si sus fundamentos se lo autorizan. Por razones claras no se pueden anular valores de otro origen que el “legislativo” por medios “legislativos”.

Los conflictos entre valores delegados a expresiones significativas pueden, en lugar de encontrar su solución mediante actos de preferencia, encontrarla por medio de nulidades. Todo depende de la conciencia del grupo social en cuestión.

d) LOS VALORES DE LAS CONDUCTAS INDIVIDUALES

Hasta aquí nuestra preocupación tuvo como tema las posiciones jurídicas universales, su verificación, sus conflictos y su desaparición. Pero enlazado con ello, y de manera muy íntima, nos encontramos con los problemas de las proposiciones jurídicas individuales.

Una conducta individualmente concreta admite, de manera semejante a lo que sucede con las conductas generales, ser determinada por valores intrínsecos, extrínsecos o delegados. La norma jurídica individual que menciona a dicha conducta a veces se verifica mediante la subsunción de la conducta individual, que constituye un sujeto, en las respectivas normas jurídicas generales que señalan para ese tipo de conducta valores intrínsecos, extrínsecos o delegados. Pero otras veces su verificación es más directa. Así, tratándose de valores intrínsecos, cuando una situación individual de conducta es estimada con ellos, cabe que lo sea porque la atención del que valora apunta a una nota valiosa, también individual, sostenida en la propia conducta, esto es, que mediante una situación se aprehende una cualidad valiosa individual, pese a que pasivamente se produzca, como telón de fondo del fenómeno de conciencia, una apreciación concomitante sostenida por el tipo de familia de conducta a la que aquélla pertenezca.

Ocurre algo parecido con los valores extrínsecos. Aquí la valoración de una conducta individual puede ser el resultado no de una subsunción

sino de una intuición acerca de cierta conducta individual valiosa intrínsecamente acompañada de otra intuición del nexo causal concreto que une la conducta individual valorada extrínsecamente con aquélla.

Frente a los valores delegados toda esta cuestión es mucho más clara. En efecto, no sólo es posible que una conducta individual sea excluida en una existente mención general de tales valores para que pueda admitir una vez la calificación de valiosa, sino que también es posible la existencia de una mención individual de esa conducta como valiosa.

Los llamados órganos jurisdiccionales de última instancia, por ejemplo, al realizar su actividad específica de dictar sentencia establecen, con fundamento en una norma jurídica delegante, normas individuales, las cuales se verifican simplemente constatando la existencia o no de aquella actividad específica.

No todas las situaciones en las que cabe delegar el establecimiento de valores sobre conductas generales son capaces de establecer valores sobre conductas individuales directamente. Es obvio que, por ejemplo, a la costumbre no le es posible nunca desempeñar tal función.

e) CONFLICTO ENTRE VALORES DE CONDUCTAS INDIVIDUALES

Tratándose de valores intrínsecos en conflicto con valores extrínsecos o valores extrínsecos entre sí cualquiera sea su origen, siempre se resuelve en un posible conflicto de valores generales y en consecuencia la solución puede remitirse a la de aquéllos. Lo mismo sucede si el conflicto se produce a raíz de una valoración individual delegada que tiene su origen en la subsunción de la conducta individual en la norma general correspondiente al caso. El problema es siempre problema entre valores generales. Pero cuando el valor delegado individual ha sido creado directamente por una delegación específica, entonces aparecen nuevas posibilidades de conflictos ahora entre estos últimos valores y otros valores delegados individuales, también creados directamente, o entre estos valores y valores delegados individuales pero resultantes de una subsunción, o aun entre aquellos valores individuales intrínsecos y extrínsecos de cualquier origen. Aquí se vuelve a hacer necesaria la aparición de una preferencia que decida.

Cuando la nota preferencial se la coloca en los valores individuales delegados directamente, por ejemplo; si cuando una sentencia judicial de última instancia dice que debe ser una conducta, en contra de lo que intrínseca, extrínseca o delegadamente en general correspondiese, se considera mejor aquella conducta que las estimadas en cualquiera de esas últimas maneras, por supuesto que con ello no se niega a esos valores individuales ni a los valores generales que estuviesen implicados en ellos sino, solamente, se produce una inclinación valorativa, en este caso circunstancial, a favor de aquel valor individual delegado directamente.

Cuando estas situaciones se repiten, si, como es habitual en el campo jurídico, la costumbre es considerada como una situación fáctica en la que se delega valores, puede surgir una valoración general delegada sobre la clase de conductas en cuestión, o una valoración delegante a favor del contenido generalizado de la sentencia cuando son repetidos.

Por cierto que dicha valoración general delegada de esa manera o la valoración delegante podrían tener su fundamento no en una costumbre sino de cualquier manera, sea intrínseca, extrínseca o delegada.

Pues bien, en esas circunstancias, aparece, junto con el valor individual de la conducta respectiva, un valor general delegado, el que entra en conflicto con los otros valores generales. Y de nuevo aquí se hace necesario una nueva valoración preferencial entre ellos, esta última no debe confundirse con la anterior, pues cabe que aquella primera exista y no se dé esta segunda; como por ejemplo si el grupo social en caso de discrepancia entre sentencias y la ley se decide por las sentencias pero se niega a admitir que las normas consuetudinarias generales tengan preferencia sobre normas legislativas.

f) *DESAPARICIÓN DE VALORES SOBRE CONDUCTAS INDIVIDUALES*

Los valores sobre conductas individuales ya intrínsecos, extrínsecos o delegados pueden desaparecer de manera análoga a la descrita más arriba con relación a la desaparición de valores sobre conductas generales. De la misma manera que, entonces, cuando se trata de valores delegados directa o indirectamente a expresiones significativas, en caso de conflicto, las preferencias pueden ser sustituidas por nulidades.

g) LA VERIFICACIÓN INDUCTIVA

Cada vez que a una clase de conducta valorada intrínsecamente se la relaciona en virtud de ciertas analogías con otras clases de conductas valoradas también intrínsecamente se hace posible, aunque no es necesario, descubrir una clase más general de conductas comprensiva de aquellas a las que también sería posible valorar en el mismo sentido. La proposición normativa general que enunciase este último estado de cosas seguiría apoyándose en una intuición de valor, ahora, el correspondiente a dicha clase general. De ninguna manera se trataría de un tipo de inducción incompleta.

Algo semejante sucede cuando las clases de conductas valoradas lo son extrínsecamente. Su analogía podría autorizar una valoración a una clase de conductas que desempeñase el papel de género frente a las conductas anteriores, pero la manera de verificar el enunciado normativo correspondiente no sería por medio de una inducción sino en virtud de haberse descubierto relaciones “implicativas” más amplias con la situación intrínsecamente valiosa que le sirve de sustento final.

Empero cuando empezamos a tratar con los valores delegados, sean generales o individuales directos, todos los problemas de la inducción surgen con fuerza complicada dentro de la esfera de lo jurídico.

Sobre la base de valores generales delegados de ciertas conductas es posible inducir valores generales de clases más amplias de conductas; como sobre la base de valores individuales delegados directos atribuidos a conductas individuales cabe por un procedimiento de inducción justificar valores generales de algún tipo de conducta al que responden aquellas conductas individuales.

La fuerza de convicción de la inducción es siempre muy relativa. Tratándose de normas más generales construidas sobre normas generales, aparte de cierto valor sistemático, el procedimiento y sus resultados han sido duramente criticados. Cuando se trata de normas generales que surgen a partir de normas individuales que encierran valores delegados directamente, como, por ejemplo, proposiciones generales inferidas inductivamente de sentencias judiciales, se les concede sin ninguna duda mucho más peso de verdad. Pero ello no nace de la inducción sino que comúnmente surge aquí cierta costumbre que es la que en definitiva

fundamenta la norma general, o se ha delegado al juez una doble atribución: el establecimiento de valores individuales directos a ciertas conductas y el establecimiento, con los primeros, de valores generales a las conductas análogas a las de aquella manera calificadas. Pero tanto cuando se trata de una inducción sobre la base de los valores delegados sobre conductas generales o sobre la base de valores delegados directamente sobre conductas individuales las proposiciones normativas resultantes de aquella inducción pueden también tener fundamento en valores intrínsecos que serían las razones más o menos ocultas que apuntalarían ese débil sostén inductivo.

h) *LOS OBJETOS CIENTÍFICOS*

El intento de la civilización de Occidente que se va realizando a través del producto cultural que denominamos ciencia tuvo, desde el inicio, como su último fin, la preocupación de alcanzar un conocimiento del universo al que se pudiera calificar, en verdad, como objetivo. Conocimiento objetivo significa, aquí, el conocimiento más apartado posible de las características individuales del sujeto que conoce, es decir, el conocimiento válido para cualquier sujeto humano.

Este ideal de conocimiento objetivo fue consiguiendo, durante el transcurso del tiempo, concreciones cada vez más ajustadas. Pero pareciera que desde el comienzo de este tipo de vocación en Grecia, la línea para obtener los resultados apetecidos se hallara trazada sobre un extraño camino. Consistiría éste en desechar, precisamente, los objetos a estudio tal como se nos presentan en la vida cotidiana, para enfrentarse con nuevos objetos contruidos sobre la base de aquéllos, pero productos de la actividad racional y a los que se los hace jugar en sustitución de los primeros. ¿Qué otra cosa fueron ya, por ejemplo, el punto o la recta para los antiguos geómetras cuyo conocimiento sistemático nos ha llegado con la geometría de Euclides sino especiales configuraciones racionales que vienen a ocupar la posición de los puntos y de las rectas aprehendidos por nuestras manos y nuestros ojos? ¿Y la física matemática contemporánea no se origina con la intuición genial de Galileo cuando consigue descubrir la íntima relación existente entre las llamadas cualidades secundarias de las cosas y la extensión, para de esta manera permitir trans-

formar los simples hechos físicos que nos rodean habitualmente, como los colores, los sonidos, etcétera, en objetos matemáticos? Husserl ha realizado sobre ellos análisis muy detallados.

Pero a nuestro entender dicha especial orientación de la ciencia se halla y es fácil descubrirla no sólo en las matemáticas o en la física sino también en la psicología contemporánea, en la economía política, en la sociología, etcétera, es decir que los conocimientos considerados como ciencias humanas o ciencias del espíritu desarrollan procederes análogos a los de las ciencias de la naturaleza.

Claro que con esto no queremos afirmar que el proceso de objetivación consista necesariamente en una matematización de los temas a tratar científicamente. La matematización ha dado, sin lugar a dudas, espléndidos frutos en ciertas esferas del saber. Es muy posible que continúe dándolos en otras nuevas esferas a medida que se descubran recursos técnicos que faciliten aplicarla. Pero cualquiera sea el valor de los resultados que en la psicología, en la sociología o en la economía política, por ejemplo, produzca el uso de las matemáticas, lo cierto es que, en esas ciencias, han aparecido a su lado métodos racionales no matemáticos con los que se han conseguido grandes adelantos. El mercado libre de Adam Smith y sus leyes sobre la oferta y la demanda, las diversas formas de vida de E. Spranger y los tipos sociales puros de Max Weber son, evidentemente, unas de las tantas maneras de convertir hechos reales en objetos racionales, esto es, de crear epistemológicamente los entes ideales que serán luego sometidos a investigación, en lugar de los primeros.

i) EL MÉTODO “IDEALIZANTE” DE LA CIENCIA JURÍDICA POSITIVA

El científico del derecho positivo comienza su trabajo sistemático con la elaboración previa de una norma básica.

Esta proposición normativa va a ser fundamento de validez último de toda otra proposición normativa dentro del sistema. Con ella el científico expresa su posición en lo referente a lo que podría llamar “legislador originario”. La norma básica nos dice quién o qué situación fáctica es la aceptada por el teórico en su investigación como “productora originaria” de valores delegados. En general, ha consistido en admitir, a cualquiera

de las situaciones en las que se delega comúnmente el establecimiento de valores, como tales hechos delegantes, sin exigir, para nada, la existencia de una valoración del grupo social que así lo hubiera instituido. Todo ello se formularía en una proposición normativa cuya validez no corresponde buscarla en ninguna clase de simples actos teoréticos objetivos, sino en la esfera de los productos con fundamento en actividades voluntarias individuales. Es el propio científico quien quiere y afirma la existencia en aquella relación. En una palabra, si bien la norma básica es un enunciado teorético, lo es únicamente sobre una construcción mental del científico y, en consecuencia, lo que es por ella aseverado consiste en algo meramente presupuesto como verdadero. Así es que cabe llamarla, también, norma hipotética ya que todo lo que con posterioridad y tomándola como fundamento se concluya será aceptado como válido únicamente, sobre la hipótesis de que se haya admitido a ella misma, como tal. Con el uso de la norma básica el sentido de la expresión “debe ser” cambia y deja de referirse a valores para ser un concepto que menciona una idea lógica.

j) EL ENUNCIADO DE LA NORMA BÁSICA

El contenido de la norma básica, esto es, el hecho o los hechos en los que se delegan la determinación de las conductas debidas son, por consiguiente, variables y dependen del tipo de valores intrínsecos, extrínsecos o delegados, y las diferencias entre ellos, y de las nulidades que tengan que explicarse científicamente.

El orden jurídico precientífico sobre el que han recaído los estudios de la ciencia positiva del derecho, tal como dicho orden se desenvuelve en Alemania, Francia e Inglaterra, por ejemplo, durante el siglo XIX, hasta nuestros días, autorizó la ciencia que hubiese usado y siga haciéndolo normas básicas cuyo contenido consiste, esencialmente, en el establecimiento con el carácter de hechos creadores originales, de ciertas expresiones significativas en especiales circunstancias y siempre que consiguieran ser más o menos eficaces y de ciertas costumbres. En otras situaciones sociales diferentes de aquéllas y por lo tanto con otros órdenes jurídicos, cabe pensar la existencia de un conocimiento jurídico positivo provechoso con fundamento en normas básicas de distinto contenido al

expresado, ya fuere porque excluyeran cualquiera de las situaciones mencionadas, ya porque admitieran otras situaciones en calidad de productoras originarias de conductas debidas.

En todos los casos, como en el actual, donde las situaciones en los que se delega la caracterización de conductas como debiendo ser, son más de una, se hace necesario admitir como contenido de la norma básica un orden jerárquico entre ellas para la solución de los posibles conflictos. La norma básica de nuestra ciencia positiva coloca en una grada superior a la costumbre sobre los actos de expresión significativa y esto parece de buen sentido, pues no sólo sería la solución preferencial admitida por el derecho precientífico dentro de los valores delegados en general sino que, a su vez, es uno de los modos por los que se pueden absorber los valores intrínsecos y extrínsecos cuando tienen primacía, en el ordenamiento jurídico precientífico, sobre los valores delegados con origen en actos de expresión significativa.

Es cierto que en el orden jurídico precientífico no sólo podrían admitirse como preferibles los valores intrínsecos o extrínsecos sobre los valores delegados con origen en actos de expresión significativa sino también sobre los valores delegados con origen en costumbres. Con nuestra norma básica esta última situación pareciera no poder resolverse. Sin embargo no debemos preocuparnos por tal estado de cosas, y de hecho los científicos no se han preocupado mucho, pues se trata de casos excepcionales y de muy corta duración porque las "discrepancias" entre valoraciones intrínsecas o extrínsecas de una conducta y una costumbre social determinada, cuando existen, tienden a solucionarse con rapidez, sea en favor de la conducta conforme a la valoración desapareciendo la costumbre "opuesta" y esto por la fuerza motivadora que las valoraciones tienen sobre el quehacer humano, sea en favor de la desaparición de la valoración intrínseca o extrínseca sobre aquella conducta en razón de algo que podríamos caracterizar como de extraña astucia de nuestra razón práctica cuando no tiene fuerza suficiente para imponerse a nuestro actuar.

La norma básica no sólo establece las situaciones creadoras de valores delegados, sea sobre conductas generales, sea sobre conductas individuales, y las situaciones de preferencia, sino que también establece aquellas otras situaciones que nulifican valores sobre conductas generales o conductas individuales.

Por consiguiente, la ciencia jurídica positiva se constituye mediante un doble proceso. En primer lugar, va a considerar como conductas debidas sólo aquellas que quepa caracterizar de esa manera por delegación. En segundo lugar, la valoración que tendría que dar fundamento a los hechos en los que se delega es sustituida, como se ha descrito, por un postulado que el científico posee con el que se modifica el sentido del "deber ser".

Se hace evidente cómo es que la ciencia jurídica positiva obtiene más objetividad. Ya no se trata de recurrir para verificar asertos a intuiciones valorativas, sino, simplemente, a la existencia de situaciones fácticas: costumbres, expresiones significativas, etcétera, y siempre sobre la hipótesis de que a ciertos y determinados actos se los considere, porque así le parece fructuoso al científico, como actos originarios de legislación.

CONCLUSIÓN

Pudiera ser que este análisis de los presupuestos de toda ciencia jurídica aclare, en cierta medida, los distintos tipos de verificación dibujados por nosotros al comienzo de este trabajo, como característicos de la ciencia jusnatural y de la ciencia jurídica positiva.

También pudiera ser que con esto consiguiéramos ayudar a descubrir, pese a las ventajas individuales de la objetividad producidas por la ciencia jurídica positiva, méritos permanentes en la vieja ciencia jusnatural.

La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*

HANS KELSEN**

El antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la Filosofía del Derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico. Este último, en oposición consciente a aquélla, limita el objeto del conocimiento a lo dado en la experiencia externa e interna, y en este sentido, a lo real o idealmente existente, como lo único cognoscible. Porque la doctrina del derecho natural es una “metafísica del derecho”, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho “positivo”, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre.

La doctrina del derecho natural es una “metafísica” del derecho en cuanto está caracterizada –como la metafísica idealista de Platón– por un dualismo fundamental: así como en la doctrina platónica de las ideas el mundo empírico se contrapone y se subordina al mundo trascendente, cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél, en la doctrina del derecho natural, el derecho positivo, creado por los hombres, se contrapone y se subordina a un derecho que no es creado por los hombres, sino que proviene de una instancia suprahumana y cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél.

La doctrina del derecho natural es –en contraposición al positivismo jurídico como doctrina “realista”– una doctrina jurídica idealista. Porque

* Publicado originalmente en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, nro. IV, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 9-45. Traducción realizada por Eugenio Bulygin.

** (1881-1973). Jurista, filósofo y político austriaco.

el derecho natural aceptado al lado del derecho real, el positivo, creado por el arbitrio humano y por lo tanto variable, es un derecho ideal, invariable, identificable con la "justicia". Pero la doctrina del derecho natural no es "la" doctrina idealista del derecho. Se distingue de otras doctrinas jurídicas idealistas –como lo indica su nombre– en que considera a la "naturaleza" como fuente de las normas del derecho ideal y justo. Esta naturaleza es la naturaleza en general, la totalidad de la realidad, o la naturaleza del hombre en especial. Ella funciona como la autoridad normativa, es decir, autoridad creadora de normas. Aquel que obedece sus mandamientos actúa correcta o justamente. Estos mandamientos, esto es, las normas de la conducta justa, son "inmanentes a la naturaleza", pero trascendentes al derecho positivo. Mediante un análisis cuidadoso ellas pueden ser halladas, o, por así decir, descubiertas en la naturaleza, y por lo tanto deducidas de la misma. Si esta naturaleza fuera la realidad "empírica" y la naturaleza humana la condición "fáctica" del hombre, no sería admisible calificar a la doctrina jusnaturalista de metafísica del derecho, en tanto que la metafísica implica justamente trascender esa realidad. Pero es fácil mostrar que ni la realidad empírica en general, ni la naturaleza fáctica del hombre en particular, pueden ser aquella naturaleza de la cual se deducen las normas del derecho natural. Es una "naturaleza trascendente" la que funciona como fuente del derecho natural.

Si la doctrina del derecho natural pretende deducir las normas del derecho justo (es decir, las normas que prescriben cómo "deben" conducirse los hombres) de la realidad empírica en general o de la condición fáctica del hombre en particular, es decir, de un ser, entonces ella trata de contestar a la pregunta: "¿qué debe suceder?", mostrando que algo "sucede de hecho". En otras palabras: ella pretende inferir un deber ser de un ser, una norma de un hecho. Esto es "lógicamente imposible". De que algo es no se puede inferir que algo debe o no debe ser, como tampoco se sigue que algo debe ser que este algo es o no es.

Deber ser y ser son dos categorías que no se dejan reducir mutuamente.

Al dualismo lógicamente irreductible de ser y deber ser le corresponde el dualismo metodológico de las "leyes causales", "descriptivas" del ser y las normas "prescriptivas" de conductas que instauran un deber ser. El

esquema de las leyes causales es: Si A es, entonces es (o será) B. En la relación entre la condición y la consecuencia se expresa la necesidad causal del “tener que” (*müssen*). También en las normas del derecho positivo se conecta una condición con una consecuencia, puesto que el Derecho prescribe una conducta determinada, de una manera tal que a la conducta opuesta –calificada de antijurídica– se enlaza una consecuencia jurídica llamada “sanción”. Cuando alguien hurta debe ser castigado; cuando alguien no devuelve a su acreedor el préstamo recibido, debe ser privado de sus bienes mediante una ejecución forzosa para pagar al acreedor con su producto. De esta manera el derecho positivo prohíbe el hurto y manda devolver los préstamos. Las proposiciones que enuncian que bajo determinadas condiciones –lo antijurídico– debe suceder una cierta sanción –como consecuencia jurídica– pueden ser llamadas “leyes jurídicas” –por analogía a las leyes naturales– enunciados de que bajo determinadas condiciones –como causa– ocurre una determinada consecuencia como efecto. Pero también las normas de una moral positiva son normas prescriptivas de sanciones. Porque cuando una moral positiva vigente en una comunidad, creada por costumbre o por el fundador de una religión como Moisés, Jesús o Mahoma, manda una conducta determinada, ella manda, a la vez, reaccionar en cierta forma frente a las conductas de los otros: con manifestaciones de “desaprobación” frente a la conducta contraria a la moral y con manifestaciones de “aprobación” frente a la conducta conforme a la misma.

Esas reacciones exigidas por la moral pueden expresarse de las maneras más diversas. La desaprobación, mediante la censura, el desprecio, etcétera; la aprobación, mediante el elogio, los honores, etcétera. Desaprobación y aprobación son las sanciones específicas de la moral y forman una parte esencial de todo ordenamiento moral positivo. Son como las sanciones jurídicas, garantías indispensables de aquel mínimo de eficacia que es condición de la “validez” tanto de la moral como del derecho.

La diferencia entre las sanciones jurídicas y las sanciones morales consiste en que éstas no tienen como aquéllas el carácter de actos coercitivos, esto es, que las sanciones morales no han de ejecutarse mediante la coerción física en caso de que su aplicación tropiece con resistencia; que las sanciones morales son reacciones no sólo frente a la conducta

contraria a la norma –como las sanciones jurídicas– sino también frente a la conducta conforme a la misma; que las sanciones jurídicas sólo consisten en inferir un “mal”, es decir, son solamente “castigos” (en el sentido más amplio de la palabra), mientras que las sanciones morales consisten también en conceder un “bien”, es decir, son también “recompensas”. Es el principio de la “retribución”, decisivo para la vida social, que se aplica en las normas prescriptivas de sanciones, tanto jurídicas como morales.

Así como las proposiciones que enuncian la validez de las normas prescriptivas de sanciones jurídicas pueden llamarse “leyes jurídicas”, se puede llamar “leyes morales” a las proposiciones que enuncian la validez de las normas prescriptivas de sanciones morales. Las leyes jurídicas y las leyes morales, como “leyes sociales”, son ciertamente análogas a las leyes naturales, pero también esencialmente distintas de éstas. El esquema de las leyes jurídicas y morales no es como el esquema de las leyes naturales: Si A es, entonces es (o será) B, sino: Si A es, entonces debe ser B. En la relación entre la condición y la consecuencia no se expresa –como en la ley natural– la necesidad causal del tener “que” (“mussen”), sino la necesidad normativa del deber. La ley normativa de la sociedad (esto es, la ley jurídica y moral) y la ley causal de la naturaleza representan dos modos diferentes de conectar los estados de cosas como condición y consecuencia. En el caso de la ley normativa social, la conexión se produce mediante un acto de voluntad, cuyo sentido es la norma. En el caso de la ley causal natural, la conexión es independiente de tal intervención. La cadena de causa y efecto es ilimitada en ambos sentidos. Toda causa tiene a su vez una causa, todo efecto tiene a su vez un efecto. El número de los eslabones de esta cadena es infinito. No puede haber una primera causa ni un efecto último. Pero en el caso de una conexión normativa sólo hay “dos miembros”: el acto antijurídico y la consecuencia jurídica, la conducta inmoral y la desaprobación, la conducta moral y la aprobación. He propuesto llamar “imputación” a la conexión normativa en contraposición a la causal, y he mostrado que el principio de causalidad se ha originado en el principio de retribución, esto es, el principio de acuerdo al cual se debe reaccionar con “recompensa” frente a una conducta “conforme” al ordenamiento social y con “castigo” frente a la conducta “contraria” al mismo. La conexión que el

principio de retribución establece entre la conducta y su recompensa o castigo no es casualidad, sino imputación, un principio específicamente social. Éste fue originariamente el principio de acuerdo con el cual se interpretaba todo acontecer en tanto que resultaba de interés para el hombre primitivo. Los acontecimientos deseables para él, los interpretaba como recompensas; los indeseables, como castigos. Lo que para el hombre moderno es la "naturaleza", interpretada según el principio de causalidad, para el primitivo es una parte de su "sociedad", interpretada según el principio de retribución, es decir, el principio de imputación. El primitivo interpreta el orden de la naturaleza como un orden jurídico y moral. Recién en la filosofía natural de los antiguos griegos la interpretación científica según el principio de causalidad se desprende paulatinamente de la interpretación de la naturaleza según el principio de imputación de retribución, y se origina la distinción entre la "sociedad" y la "naturaleza". Este dualismo entre naturaleza y sociedad, ley causal de la naturaleza y ley social primitiva (esto es, ley moral y jurídica, que descansa sobre el principio de imputación) como dualismo lógico entre ser y deber ser, realidad y valor, es una barrera insuperable para el positivismo jurídico en su carácter de doctrina "científica" del derecho, sujeta a los principios de la lógica. Por eso está "en contra" de la doctrina del derecho natural. Puesto que ésta ignora el dualismo fundamental entre naturaleza y sociedad al aceptar que las normas de su derecho natural son inmanentes a la naturaleza, e interpreta a la naturaleza -la naturaleza de su derecho natural- al igual que los primitivos como sociedad.

Pero no hay normas que puedan ser inmanentes a la naturaleza como suma de hechos conectados entre sí según el principio de causalidad. Sólo si se "agrega" a los hechos normas de alguna manera presupuestas como válidas, se puede juzgar a aquéllos como conformes a las normas, esto es, buenos, justos, o contrarios a las mismas, esto es, malos, injustos. Sólo entonces se puede "valorar la realidad", es decir, calificarla de valiosa o "disvaliosa". Los valores se constituyen mediante normas. Quien cree poder encontrar normas en los hechos, o valores en la realidad, se engaña a sí mismo. Porque tiene que "proyectar" -aun cuando tal vez inconscientemente- en la realidad de los hechos las normas presupuestas de alguna manera, o los valores constituidos mediante estas normas, para poder

deducirlas de aquélla. De la misma manera como un ilusionista extrae de su galera las palomas y los conejos que él mismo ha puesto antes allí.

Ya que las normas tienen que ser creadas por una voluntad, la naturaleza, de la cual se deducen normas, tiene –como autoridad creadora de normas– que tener una voluntad. Una naturaleza provista de una voluntad es o una “superstición animista” o, si no, una naturaleza creada por Dios y en la cual se manifiesta, por lo tanto, la buena voluntad de Dios. La voluntad de la naturaleza es la voluntad de Dios en la naturaleza.

Esta concepción teológico-religiosa se encuentra en el fundamento de la doctrina del derecho natural, en tanto que ella sostiene la inmanencia del valor en la realidad, de las normas en la naturaleza.

No cabe la menor duda del origen religioso y metafísico de la doctrina jusnaturalista que ha dominado en los siglos XVII y XVIII, que después de un retroceso en el siglo XIX, ha pasado junto con la especulación religiosa y metafísica, al primer plano de la filosofía jurídica y social en el siglo XX, como consecuencia de dos guerras mundiales y como reacción contra el nacionalismo, el fascismo y, en particular, el comunismo. Dice el estoico Chrysippo: “Qué otra cosa es la naturaleza, sino Dios y la razón divina ínsita en toda la naturaleza y sus partes”. “Zeus es llamado la naturaleza común (*Physis*) de todas las cosas, destino y necesidad”. “No puede encontrarse para la justicia otro principio y otro origen que Zeus o la naturaleza general” (H. von Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta*, II, 1024, 1076, III, 326).

Siguiendo la filosofía estoica, enseña Cicerón que el derecho de la naturaleza a diferencia del derecho positivo de Roma o Atenas es eterno e inmutable y tiene en Dios a su Autor, Profeta y Juez. Agustín considera al derecho natural como la “ley eterna que como la razón o voluntad de Dios manda obediencia al orden natural y prohíbe su infracción”. Él pregunta: “¿Quién si no Dios ha inscripto el Derecho natural en los corazones de los hombres?”. Isidoro de Sevilla enseña: “Todo Derecho es derecho divino o derecho humano. El Derecho divino está basado en la naturaleza, el Derecho humano en la costumbre”. En el *decretum Gratiani* se declara que el derecho natural inmutable ha venido a la existencia junto con la creación divina del hombre como ser racional. Tomás de Aquino enseña que el mundo es gobernado por la providencia divina,

esto es, por la razón divina, y que este gobierno divino es la ley eterna; que las criaturas de Dios provistas de razón participan de la razón divina y por tanto de la ley eterna, en tanto que reciben de ésta ciertas tendencias naturales hacia acciones y finalidades que corresponden a ella. “Esta participación de los seres racionales en la ley eterna se llama derecho natural”. El derecho deducible de las tendencias naturales implantadas en el hombre por Dios es el derecho natural. Es de origen divino. Sólo porque es de origen divino es absolutamente válido y por lo tanto invariable. Esta validez absoluta e invariable es un elemento esencial del natural; de la misma manera como su inmanencia en la naturaleza sólo es una consecuencia de su origen divino.

Dentro de la doctrina del derecho natural se ha emprendido, ciertamente, el intento de hacer independiente la validez del derecho natural de la voluntad de Dios. Grocio declara que el derecho natural presentado por él sería válido aun cuando se admitiera que no existe Dios; agrega, sin embargo, que esto no puede ser admitido sin caer en el pecado más grave. Porque Grocio era un cristiano creyente, como lo eran todos los representantes del derecho natural clásico, aun cuando él no se daba cuenta, según parece, que sin su creencia en una naturaleza creada por un Dios justo, no era posible consecuentemente la aceptación de un derecho justo, inmanente a esta naturaleza. Por lo demás, la creencia en una naturaleza creada por un Dios justo no implica necesariamente la aceptación de que el derecho inmanente a la naturaleza haya sido creado por la voluntad de Dios. Ya Tomás de Aquino enseña que también el derecho divino, esto es, el derecho proveniente de Dios es ya derecho natural, ya derecho creado (*gesetztes Recht*). Este derecho natural –como Dios mismo– no es creado (tampoco por Dios) sino no-creado. Estas normas son derecho natural, en tanto que son inmanentes a la naturaleza de Dios, quien justamente es según su esencia un Dios justo. Lo que importa aquí es que la naturaleza, fuente del derecho natural, no es la realidad empírica, sino la naturaleza de Dios, una naturaleza “trascendente”. Y como tal se revela también la naturaleza del “hombre” en su carácter de fuente del derecho natural.

La doctrina del derecho natural considera como “naturaleza” humana ya los “instintos” del hombre, ya su “razón”. De los instintos humanos se deducen normas de derecho natural, apelando a ciertos instintos, in-

dudablemente existentes, dirigidos a la conservación de la vida, no sólo de la propia, sino también de la vida ajena. Pero no se puede negar que al lado de estos instintos, hay también otros dirigidos a la destrucción, los así llamados instintos de agresividad, y que hasta se observa un instinto de autoconservación, como lo muestran los nada raros suicidios. Estos instintos pertenecen, a la par de los otros, a la naturaleza del hombre. Calificarlos de “antinaturales” significaría proclamar la autocontradicción de una naturaleza antinatural. Es claro que una doctrina que pretende deducir el derecho natural, esto es, el derecho justo de la naturaleza humana, no puede ver esa naturaleza en todos los instintos posibles del hombre, sino sólo en algunos determinados. Ella tiene que hacer, y en efecto hace, una distinción esencial entre los instintos existentes de hecho: la distinción entre los instintos en los cuales puede fundamentarse una norma que prescribe una conducta conforme a los mismos, y aquellos en los que no puede fundamentarse una norma tal, es decir, entre instintos a los que se debe y a los que no se debe corresponder, los instintos buenos y malos.

Esto significa, sin embargo, que el concepto de “naturaleza” experimenta un cambio de significado radical. En lugar de la naturaleza real, de la naturaleza que es, se coloca una naturaleza ideal, la naturaleza que debe ser conforme al derecho natural. De esta manera no son las normas de un derecho ideal, del llamado derecho natural, las que la doctrina jusnaturalista deduce de la naturaleza, sino que es la naturaleza ideal la que se deduce del derecho presupuesto como ideal, del llamado derecho natural, que esa doctrina tiene que presuponer para llegar a su concepto de la naturaleza, de la buena y divina naturaleza del hombre.

La doctrina del derecho natural cree poder contestar esta objeción considerando a la razón como el factor decisivo en la naturaleza del hombre y le atribuye a ésta, es decir, a la naturaleza humana misma, la función de distinguir entre instintos buenos y malos y de tal manera prescribir al hombre la obediencia a unos y no a otros. Es el concepto de la “razón práctica”, en oposición a la “teórica”, la razón como autoridad creadora de normas, como legislador que prescribe al hombre la conducta correcta, la razón que ya aparece en la ética de Aristóteles como *nous practicós*, en la ética de Tomás de Aquino como *ratio practica*, desempeña un papel decisivo en la ética de Kant y se encuentra en el

fundamento de la doctrina jusnaturalista como doctrina del derecho racional. Lo justo es lo "natural", porque es lo racional. Este concepto de razón práctica es lógicamente imposible. Está encerrado en una autocontradicción y en su naturaleza metalógica es de origen religioso-teológico.

Desde el punto de vista de la psicología empírica, la fundación específica de la razón es el conocimiento de los objetos dados a ella. Llamamos razón a la función del conocimiento del hombre. La creación de normas, la creación de leyes no es una función del conocimiento. Con la creación de una norma no se conoce cómo es un objeto ya dado, sino que se exige algo que debe ser. En este sentido es la creación de normas una función de la "voluntad" no del "conocimiento". Una creación normativa de la razón es una razón cognoscitiva y volitiva a la vez, es conocimiento y voluntad al mismo tiempo. Esto no puede darse en la esfera de la realidad empírica, en tanto que ésta puede ser descripta sin contradicción lógica. Sin embargo, en la opinión de aquellos que creen en la existencia de una esfera trascendente suprahumana, que está más allá de toda realidad empírica, el principio de no contradicción como un principio de la "lógica meramente humana" no tiene aplicación a tal esfera. De la razón divina se puede predicar contradictoriamente que es, a la vez, una función del conocimiento y función de voluntad; de Dios se puede decir que el conocimiento y voluntad son todo uno. Como ya lo dice la *Génesis* (II, 17, III, 5): "Y mandó Dios al hombre no comer del árbol de la ciencia del bien y del mal, pero la serpiente dijo a la mujer: si coméis de eso seréis como Dios y conoceréis el bien y el mal".

En tanto que Dios conoce lo bueno y lo malo quiere que se haga lo bueno y se omita lo malo. Su querer está comprendido en su saber. La contradicción de que Dios quiere conociendo, es igualmente insignificante desde el punto de vista religioso-teológico, como la contradicción de que Dios en su bondad quiere solamente lo bueno y en su omnipotencia crea también lo malo.

La razón práctica del hombre, cognoscitiva y volitiva a la vez, es la razón divina en el hombre, a quien Dios ha creado según su imagen y semejanza; es la participación de lo humano en la razón divina. Ya Cicerón lo dice expresamente y con acento especial Tomás de Aquino; también Kant lo admite al final, cuando en su *Crítica del juicio* (*Akade-*

mieausgabe, t. V, p. 444 y ss.) reconoce en Dios al legislador moral supremo y por cierto “no sólo como inteligencia y legislador para la naturaleza (es decir, con todo como razón práctica), sino también como supremo legislador en un reino moral de los fines”, en el cual tiene su lugar el hombre como “ser moral”. De tal manera no es de la razón práctica del hombre, sino de la razón práctica de Dios de donde proviene la ley moral. Porque, dice Kant en *Religión dentro de los límites de la mera razón* (VI, p. 6), “la moral lleva indefectiblemente a la religión, transformándose en la idea más amplia de un legislador moral, investido del poder, fuera del hombre”, y “la religión es (considerada subjetivamente) el reconocimiento de todos nuestros deberes como mandamientos divinos”. En el *Opus Posthumum* de Kant (*Kant Studien*, nro. 50, 1920, p. 802), se encuentra la proposición: “En la razón práctico-moral se encuentra el imperativo categórico de considerar todos los deberes humanos como mandamientos divinos”. Kant no mantuvo su doctrina de la autonomía de la moral, esto es, la doctrina según la cual el imperativo categórico proviene en última instancia de la razón práctica del hombre mismo. La razón práctica de Kant es la razón de Dios.

El positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho, más allá de toda posible experiencia humana, esto es, la existencia de una voluntad divina cuyo sentido son las normas prescriptivas de conducta humana. Puesto que solamente las normas creadas por una autoridad trascendente, y por lo tanto absoluta, pueden ser consideradas como absolutamente justas e inmutables, el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes, sea que se trate de normas jurídicas o morales. Pero el principio de la justicia que se refiere a la formación del derecho positivo, en tanto que exige un derecho con un contenido determinado, es una norma de la moral positiva, que al igual que el derecho positivo puede ser diferente en tiempos y lugares diferentes. Así como el positivismo jurídico tiene que distinguir entre derecho y moral, como dos órdenes sociales diferentes, tiene que distinguir también entre dere-

cho y justicia, y por ello sostener la posibilidad de un derecho positivo justo, esto es, conforme a una moral determinada, como también la de un derecho positivo injusto, esto es, contrario a una moral positiva determinada. Por lo tanto, no puede hacer dependiente la validez del derecho positivo de su relación con la justicia, porque tal dependencia sólo puede existir si la justicia es un valor absoluto, si se presupone la validez de una norma de justicia que excluye la de toda otra norma contraria. Si se admite la posibilidad de muchas normas de justicia distintas y posiblemente contradictorias entre sí, el valor de justicia sólo puede ser relativo. Entonces todo orden jurídico positivo tiene que entrar en contradicción con alguna de estas numerosas normas de justicia y no podría haber un orden jurídico positivo que no pudiera ser considerado como inválido, esto es, contrario a alguna de esas normas de justicia. Por otro lado, todo orden jurídico positivo puede estar conforme con alguna de las muchas normas de justicia que constituyen valores meramente relativos, sin que tal conformidad pueda ser considerada como fundamento de su validez. Una doctrina jurídica positivista, es decir, realista, no sostiene, como debe ser subrayado, que no existe justicia, sino que de hecho se presuponen muchas normas de justicia diferente y posiblemente contradictorias entre sí. No niega que la formación de un orden jurídico positivo puede estar, y como regla de hecho lo está, determinada por la representación de alguna de las muchas posibles normas de justicia y en especial, no niega que todo orden jurídico positivo, es decir, los actos mediante los cuales son creadas sus normas pueden ser valorados según una de esas normas de justicia y juzgados como justos o injustos. Pero insiste en que esas escalas de valor sólo tienen carácter relativo y que, por lo tanto, los actos mediante los cuales ha sido creado un mismo orden jurídico positivo son justificados como justos si se miden con una escala, pero condenados como injustos si se miden con otra; que, sin embargo, un orden jurídico positivo es independiente en su validez de las normas de justicia según las cuales se valoran los actos creadores de sus normas. Porque una doctrina positiva del derecho reconoce el fundamento de validez de un orden jurídico positivo no en las múltiples normas de justicia, puesto que no puede dar preferencia a ninguna de ellas, sino en la "norma fundamental" hipotética, esto es: presupuesta en el pensamiento jurídico. De acuerdo con ella debemos conducirnos

y tratar a los hombres como corresponde a la primera constitución histórica, eficacia en general, sin tener en cuenta si el orden erigido con arreglo a esa constitución corresponde o no a alguna norma de justicia. En tanto que la cuestión versa sobre la validez del derecho positivo, no entra en consideración ninguna otra norma que esa norma fundamental, en particular, ninguna norma de justicia.

La norma fundamental es la respuesta de una doctrina positivista del derecho a la pregunta por el fundamento de validez de un orden coercitivo positivo, esto es, creado por vía de legislación y costumbre, que es eficaz en general. No es una respuesta categórica incondicional, sino una respuesta hipotética, condicional. Ella dice: si un derecho positivo es considerado válido, esto es, si se acepta que "debe ser" la conducta prescripta por las normas de ese derecho, entonces se presupone la norma que debe ser la conducta prescripta por la primera constitución histórica de acuerdo a la cual es creado el orden jurídico positivo. Esta norma, la norma fundamental, no es una norma positiva, "puesta" (*gesetzt*) por un acto de voluntad de una autoridad jurídica, sino una norma "presupuesta" en el pensamiento jurídico. Su presuposición es condición –en el sentido de Kant: condición lógico-trascendental– bajo la cual un orden jurídico positivo es considerado válido. La norma fundamental determina solamente el "fundamento", no así el "contenido" de validez del derecho positivo. Este fundamento de validez es completamente independiente del contenido de validez. La norma fundamental deja la determinación del contenido del derecho positivo al proceso de creación del derecho, determinado por la constitución: la legislación y la costumbre. Por tanto, el derecho positivo no puede jamás estar en contradicción con su norma fundamental, mientras que la posibilidad de un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es esencial para la doctrina jusnaturalista. Esto significa, empero, que la norma fundamental no representa ninguna escala de valor o de "disvalor", de justicia o de injusticia del derecho positivo. Justamente por eso se considera insuficiente al positivismo y se le contrapone la doctrina del derecho natural que aparenta proporcionar esa escala como un criterio seguro de justicia o injusticia del derecho positivo y dar una respuesta incondicional a la pregunta por el fundamento de validez de un derecho positivo.

Que la doctrina del derecho natural “no” ofrece un criterio seguro para la justicia o injusticia de un orden jurídico positivo lo muestra su historia. Tan pronto como la doctrina jusnaturalista procede a determinar el contenido de las normas inmanentes en la naturaleza y deducidas de la misma, cae en los contrastes más agudos. Sus representantes no han proclamado “un” derecho natural, sino varios derechos naturales, muy distintos y contradictorios entre sí. Esto vale en especial para las cuestiones fundamentales de la propiedad y de la forma del Estado. Según una doctrina jusnaturalista solamente la propiedad individual es “natural”, esto es, justa, según otra, sólo la propiedad colectiva; según una, sólo la democracia, según otra, sólo la autocracia. Todo derecho positivo que corresponde al derecho natural de una doctrina y que por lo tanto es juzgado como justo, contradice al derecho natural de otra doctrina y es juzgado por lo tanto como injusto. La doctrina del derecho natural tal como ella ha sido desarrollada de hecho –y no pudo haber sido desarrollada de otra manera– está muy lejos de ofrecer el criterio fijo que se espera de ella.

Pero también la suposición de que una doctrina jusnaturalista puede dar una respuesta incondicional a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo descansa en una ilusión. Una doctrina tal ve el fundamento de validez del derecho positivo en el derecho natural, es decir, en un orden creado por la naturaleza como autoridad suprema, que está por encima del legislador humano. En este sentido también el derecho natural es un derecho creado, esto es, positivo, pero no por una voluntad humana, sino por una voluntad suprahumana. Una doctrina jusnaturalista puede por cierto sostener como un hecho –aun cuando ella no lo pueda probar– que la naturaleza ordena a los hombres conducirse de determinada manera. Pero como un hecho no puede ser fundamento de validez de una norma, una doctrina jusnaturalista lógicamente correcta no puede negar que un derecho positivo conforme al derecho natural sólo puede ser interpretado como válido, si se presupone la norma: deben ser obedecidas las órdenes de la naturaleza. Ésta es la “norma fundamental del derecho natural”. También la doctrina jusnaturalista sólo puede dar una respuesta condicional a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo. Si ella sostiene la evidencia inmediata de la norma según la cual deben ser obedecidas las órdenes de la naturaleza,

ella se equivoca. Esta afirmación es inaceptable. No sólo en general, porque no puede haber normas de conducta humana inmediatamente evidentes, sino también en particular, porque esa norma es aún menos evidente que cualquier otra. Porque la naturaleza no tiene voluntad, y si la voluntad de la naturaleza es la voluntad de Dios "en" la naturaleza y por lo tanto la norma fundamental del derecho natural establece que deben ser obedecidas por las órdenes de Dios, debería ser inmediatamente evidente la existencia de Dios, lo cual apenas es compatible con el intento siempre renovado de probar esa existencia.

La objeción irrefutable de que la doctrina del derecho natural no ha sido capaz hasta ahora de formular normas generales válidas siempre y en todas partes y en todas las circunstancias, esto es, establecer un derecho natural invariable, ha conducido a la teoría del "Derecho natural variable". Un derecho natural variable es un derecho natural que puede ser diferente en tiempos y lugares diferentes, según las circunstancias. En este sentido no hay pues una diferencia entre este derecho natural y el derecho positivo. ¿Cuál es pues la "naturaleza" de este derecho variable? Tiene que ser una naturaleza variable, y por ello sólo podemos entender las circunstancias sociales variables o una naturaleza variable del hombre, cuya conducta regulan las normas en cuestión. Y estas normas son derecho natural no porque sean inmanentes a esta naturaleza, sino porque corresponden a ella tal como un vestido corresponde a un cuerpo humano cuando le queda bien. Ahora bien, ¿cómo se reconoce si un orden jurídico positivo corresponde o no a esta naturaleza, si está conforme o contrario a ella? Pues seguramente sólo en que este orden es eficaz o ineficaz. Puesto que la eficacia es condición de validez de un orden jurídico positivo, todo derecho positivo es un derecho conforme a la naturaleza de cada caso, esto es, a las circunstancias sociales o a la naturaleza del hombre. Un derecho natural variable no puede distinguirse de un derecho positivo, sino que coincide con él. Si el derecho natural es variable no hay un derecho natural, sino muchos derechos naturales distintos entre sí; y el valor de la justicia que ellos constituyen no es absoluto sino relativo. Como relativamente justo puede ser válido y en el sentido de una teoría del derecho natural tiene que ser válido todo orden jurídico positivo. La doctrina del derecho natural renuncia a sí misma al renunciar a la invariabilidad y a la justicia absoluta.

En vista de estas objeciones de mucho peso teórico se ha tratado de defender a la doctrina del derecho natural desde un punto de vista práctico-político, mediante el argumento de que ella ha conducido, en todo caso, a la reforma y perfeccionamiento del derecho positivo. Este argumento no resiste a una crítica histórica. Ésta muestra que las doctrinas del derecho natural, tal como ellas han sido presentadas de hecho por sus representantes más competentes, han servido en lo fundamental para justificar como conformes al derecho natural los órdenes jurídicos existentes y sus instituciones esenciales políticas y económicas; que han tenido pues un carácter predominante “conservador”; que la representación de un derecho natural sólo ha desempeñado una función reformadora e incluso revolucionaria en casos excepcionales, y que cuando lo último ha sido el caso ocurrido hacia los fines del siglo XVIII en América y Francia, se produjo enseguida un movimiento espiritual dirigido en contra de esa doctrina jusnaturalista, que ha encontrado su expresión característica en la llamada escuela histórica del derecho. La doctrina de la escuela histórica del derecho es, sin embargo, ella misma una disfrazada doctrina jusnaturalista en tanto que declara al *Volksgeist* como la fuente del derecho del único derecho verdadero y eficaz, y hace provenir de éste el derecho de la misma manera que la doctrina jusnaturalista hacía provenir el derecho natural de la razón. La doctrina de la escuela histórica del derecho es una doctrina jusnaturalista conservadora y antirrevolucionaria.

El carácter predominante conservador de la doctrina del derecho natural es una consecuencia de la posición adoptada por la mayoría abrumadora y, en particular, por sus representantes clásicos en cuestiones decisivas para toda la doctrina de la relación entre el derecho natural y el derecho positivo. He dado pruebas para ello en mi escrito *Teoría Pura del Derecho*. Ellas muestran que la doctrina del derecho natural o niega del todo la posibilidad de un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural o lo limita de tal manera que la falta de validez de un derecho positivo a causa de su contradicción con el derecho natural, prácticamente no entra en consideración.

Una doctrina positivista del derecho no pretende desempeñar ninguna función reformadora ni conservadora. Con tal pretensión ella se excedería de su competencia como ciencia del derecho y se convertiría

en un instrumento de la política. Como ciencia sólo puede describir su objeto sin estar influenciada por el interés político; no puede prescribir nada, no puede servir a otro interés que el de la verdad. La autoridad que crea el derecho y que, por lo tanto, busca mantenerlo, puede plantearse la pregunta si le es útil una ciencia tal, y también las fuerzas que quieren destruir un orden existente y reemplazarlo por otro tenido por mejor pueden no saber qué hacer con tal ciencia. Una ciencia del derecho no puede, sin embargo, preocuparse de ninguna de ellas. Tal "ciencia" del derecho es el "positivismo jurídico consecuente".

El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*

ALF ROSS**

Hace aproximadamente un año, tuve el honor de dar dos conferencias en la Universidad de Buenos Aires sobre el tema "El positivismo jurídico y el Derecho natural". Este problema es considerado a menudo como el límite más importante dentro de la filosofía jurídica, que divide esta disciplina en dos campos hostiles e irreconciliables. Los positivistas han calificado a las doctrinas del Derecho natural de creencias basadas en ideas metafísicas o religiosas, incompatibles con los principios del pensamiento científico; y, por su parte, los jusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real aunque no pueda ser descubierto o descrito por medio de la experiencia sensorial.¹

Ellos han llegado incluso a acusar a los positivistas de torpeza moral y complicidad en abominaciones del régimen de Hitler.²

* Publicado originalmente en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, nro. IV, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 47 a 93. Traducción realizada por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero.

** 1889-1979. Jurista y iusfilósofo dinamarqués. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Copenhague.

¹ El problema se plantea así: ¿cómo podemos conocer lo Divino, qué es lo absoluto?... Hay conocimiento y conocimiento: está el que se basa en datos sensoriales y en experiencias físicas, y está el que se apoya en un requerimiento inequívoco de nuestro espíritu, que no puede ser confirmado por ninguna experiencia sensorial, pero, cabe destacar, tampoco puede ser negado, por la sencilla razón de que pertenece a un orden de verdades que trasciende los fenómenos del mundo. DEL VECCHIO, Giorgio, "Divine Justice and Human Justice", en *The Juridical Review*, The Law journal of the Scottish Universities, 1956, p. 148.

² Ver RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., 1950, p. 347 y ss.; FULLER, Lon L., "Positivism and fidelity to law", en *Harv. L. R.*, nro. 71, 1958, pp. 630, 657 y ss.

En mis conferencias no intenté de manera alguna disminuir la importancia de la cuestión. Traté, sin embargo, de señalar que hasta cierto punto la discusión ha sido confundida por falta de claridad en cuanto al significado de la expresión “positivismo jurídico”, que prácticamente no ha sido jamás definida con precisión. Intenté especialmente mostrar que el aspecto más agudo de la controversia –a saber, la crítica que se revela en el *slogan*: *Gesetz ist Gesetz* (La ley es la ley), como una actitud sin sentido moral y parcialmente responsable del régimen de Hitler– nada tiene que ver con el positivismo jurídico entendido correctamente, sino que es en realidad una controversia entre dos escuelas jusnaturalistas divergentes.

En este trabajo quiero retomar esta línea de investigación y elaborarla de una manera que no puede hacerse en una exposición oral. Mis observaciones se referirán especialmente al significado y función del concepto de validez en la teoría del derecho.

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “POSITIVISMO JURÍDICO”?

Aunque se la usa con frecuencia, la expresión “positivismo jurídico” nunca ha tenido un significado que haya recibido aceptación general. En la mayoría de los casos, la expresión es usada vagamente, sin ninguna connotación definida. Si ha de designar un punto de vista contrario a la filosofía del derecho natural, tiene que ser tomada como que significa no una doctrina específica, sino un amplio enfoque general frente a los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho. Del mismo modo, la expresión opuesta, “derecho natural”, tiene que ser entendida también en forma amplia como designando una actitud o punto de vista general.

Dada la manera cómo el término “positivismo” es usado en general en la filosofía, me parece razonable tomar la expresión “positivismo jurídico” en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica. En contraposición, la expresión “derecho natural” es tomada en sentido amplio para designar la actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en la creencia de que el derecho no puede ser descrito o comprendido exhaustivamente en términos de prin-

principios empiristas sino que requiere una interpretación metafísica, esto es, una interpretación a la luz de los principios y de las ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre, principios e ideas apriorísticos que trascienden el mundo de los sentidos.

La vaga expresión “principios empiristas” puede, por supuesto, ser interpretada de varias maneras. Tal como la entiendo, conduce a dos tesis fundamentales que para mí constituyen el núcleo del positivismo jurídico.

Primero, la tesis de que la creencia en el derecho natural es errónea. No existe tal derecho, todo derecho es positivo. Por supuesto, ésta es una tesis que pertenece al campo general de la filosofía moral, de la ética. Esta tesis niega que los principios o juicios éticos (morales, jurídicos) sean la expresión de verdades, algo a ser descubierto y establecido objetivamente mediante algún proceso de conocimiento. La ética (o moral en sentido amplio) es usualmente dividida en dos partes por los partidarios de las teorías cognoscitivas: moral en sentido estricto y Derecho natural. La moral, se sostiene comúnmente, se refiere al destino y fin ético último del hombre, mientras que el derecho natural trata de los principios y normas que deben regir la vida del hombre en la sociedad civil (el Estado) para que pueda realizar su destino moral.³ Los principios éticos son, entonces, principios de la moral o del derecho natural. La negación positivista de la existencia de todo conocimiento ético: no hay derecho natural como no hay una moral natural.

La segunda tesis fundamental del positivismo jurídico es una doctrina que pertenece a la teoría o metodología de la ciencia del derecho. Afirma que es posible establecer la existencia y describir el contenido del derecho de un determinado país en un momento determinado en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conductas y actitudes humanas); afirma, en especial, que no hace falta recurrir a ideas o principios tomados del derecho natural o la moral natural.⁴ Esto se aplica en particular a la idea de validez. En

³ Ver, por ejemplo, VERDROSS, Alfred, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 1958, p. 248.

⁴ HART, H. L., *The Concept of Law*, 1961, p. 81, considera que “positivismo jurídico” significa “la afirmación de que no es de ningún sentido una verdad necesaria que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho frecuentemente lo hacen”. Esto, creo, se acerca bastante a mi segunda tesis.

la medida en que este término es tomado como que significa que el derecho posee una fuerza moral intrínseca (la “fuerza obligatoria”) que constriñe a los súbditos, no sólo mediante la amenaza de sanciones sino también moralmente, en conciencia, en esa medida el término no tiene sentido ni función dentro de la doctrina del derecho. La validez, en esta interpretación, es una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables.⁵ Ahora bien, si la ciencia del derecho –y por esta expresión entiendo la actividad que pretende describir el derecho efectivamente en vigor en cierto país en un momento determinado– se ha de entender como una ciencia empírica, no puede haber lugar en ella para ningún concepto de este tipo.

Cuando uno va de un país a otro es fácil observar cambios topográficos y climáticos; y nadie dudaría de que estos hechos pueden ser descritos sin necesidad de trascender los principios empiristas. A pesar de que los hechos son más complicados, y más difícil de ser captados y descritos, la situación es la misma en el caso del derecho de un país. Es un hecho, fácil de observar, que Suiza es montañosa mientras que Dinamarca es llana. También es un hecho que de acuerdo al orden jurídico dinamarqués las mujeres tienen derecho a votar para elegir el Parlamento, mientras que en la Federación Suiza no lo tienen. Sin embargo, puede ser difícil indicar exactamente a qué hechos nos referimos cuando hablamos de la existencia de una regla jurídica. Esto último puede ser explicado de varias maneras por las distintas doctrinas positivistas. Estas teorías comparten, en tanto que positivistas, la convicción de que enunciar la existencia de una regla jurídica como perteneciente al derecho de un país en un momento determinado, es enunciar un conjunto de hechos sociales observables.

El postulado contenido en la segunda tesis del positivismo jurídico tiene el mismo significado que el “grito de guerra” de Austin: “La existencia del derecho es una cosa; otra cosa es su mérito o demérito”. Porque esto significa exactamente que el derecho es un hecho, y éste continúa siendo tal le guste a uno o no, y sea que se lo considere en armonía o en conflicto con algunos principios del derecho natural, cuya verdad se presupone. Sin embargo, cuando se alude a esta doctrina, como frecuen-

⁵ CASTBERG, Frede, *Problems of Legal Philosophy*, 1957.

temente ocurre, como la doctrina de la separación entre el derecho y la moral, la referencia es en alto grado engañosa. Es obvio que los hechos jurídicos y morales se encuentran relacionados entre sí de varias maneras.⁶ Las ideas morales son, sin lugar a dudas, uno de los factores causales que influyen en la evolución del derecho, y éste, por su parte, influye a su vez en las ideas y actitudes morales predominantes. También es bien conocido que las valoraciones morales son frecuentemente incorporadas al derecho a través de los llamados *standards* jurídicos. No hay razón para que un positivista niegue esta mutua dependencia o cualquier otra relación posible entre el derecho y la moral (moral positiva, hechos morales). Si esto hubiera sido entendido siempre así, se habría evitado una gran cantidad de crímenes y discusiones irrelevantes.

Nos hubiéramos ahorrado también otras discusiones si se hubiera advertido que un positivista jurídico no puede ser considerado responsable de todas las opiniones sostenidas en nombre del positivismo, así como un jusnaturalista no puede ser responsable por todas las doctrinas propugnadas como doctrinas del derecho natural. Por mi parte, quiero especialmente dejar sentada mi discrepancia con un conjunto de doctrinas que derivan de una concepción demasiado elemental de los hechos sociales que constituyen un orden jurídico. Me refiero a la interpretación "austiniana" del derecho como órdenes emanadas de una voluntad poderosa que en caso de desobediencia las impone mediante el empleo de la fuerza física, y a varias doctrinas que derivan de este modelo jurídico: la teoría imperativista, la teoría de la fuerza "detrás" del derecho y la teoría mecánica del proceso judicial.

Esta última teoría, especialmente, que niega el derecho, tiene otras fuentes además de la legislación (y la costumbre), y que describe la actividad del juez en términos lógico-mecánicos, que no dejan lugar a la discreción inteligente o al ejercicio de valoraciones morales o sociales, ha sido atacada como dogma positivista.⁷ Sin embargo, tal teoría no se

⁶ Cfr. *ibidem*, op. cit., p. 198 y ss.

⁷ "Si dejamos a un lado las específicas teorías del derecho vinculadas a la filosofía positivista, creo que podemos decir que el tono dominante del positivismo está dado por el temor hacia una interpretación finalista (*purposive*) del derecho y de las instituciones jurídicas, o, por lo menos, por el temor de que tal interpretación sea llevada demasiado lejos". FULLER, Lon L., op. cit. (ver nota 2 precedente), p. 669.

deriva de las premisas empiristas. Si, no obstante ello, es considerada como una doctrina positivista, esta opinión constituye un malentendido o revela una ambigüedad en la noción de positivismo. Una teoría restringida de las fuentes del derecho, y una teoría de la interpretación que se atiene a las palabras usadas, a deducciones “lógicas” y a construcciones conceptuales, puede ser llamada “positivista” en el sentido de “lo expresado en frases definidas, lo establecido en decisiones arbitrarias”, pero no en el sentido de “lo basado en la experiencia y en la observación de los hechos”. Por lo tanto, es perfectamente posible aceptar con complacencia una evolución hacia una teoría de la interpretación judicial más inteligente, guiada por valoraciones, sin unirse a quienes claman por un retorno al derecho natural. “Alejarse del formalismo” no es de ningún modo lo mismo que “regresar al derecho natural”.⁸

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “DERECHO NATURAL”?

Resulta menos difícil, creo, explicar qué se entiende por “derecho natural”. Desde la época de Aristóteles y hasta nuestros días, encontramos una tradición ininterrumpida de teorías del derecho natural. Es verdad, por supuesto, que la fundamentación teórica y el tenor práctico de esta filosofía han variado mucho. Algunas veces el derecho natural se ha basado en concepciones teológicas; otras veces ha sido concebido racionalmente.

La naturaleza de la que se han derivado los principios universales ha sido la naturaleza del cosmos, o de Dios, o de la sociedad y la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre como ser racional. Podemos distinguir así entre un derecho natural teológico, sociológico, histórico y racional antropocéntrico. Y desde un punto de vista político-práctico las teorías jusnaturalistas han sido tanto conservadoras como evolucionistas o revolucionarias. En el ámbito de la filosofía política todos los sistemas políticos, desde el absolutismo extremo hasta la democracia directa, han sido justificados por los filósofos del derecho natural.

A pesar de todas las divergencias hay una idea común a todas las escuelas del derecho natural: la creencia en que existen algunos principios

⁸ Cfr. Ross, Alf, *A Text-book of International Law*, 1947, p. 95; Ago, Roberto, en *American Journal of International Law*, 1957, p. 728.

universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios verdaderos, que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia.⁹ La verdad de estas leyes no puede ser establecida por medio de los métodos de la ciencia empírica sino que presupone una interpretación metafísica de la naturaleza del hombre.¹⁰ Por esta razón, la validez de estas leyes y las obligaciones que derivan de ellas no apuntan a nada observable. La validez de las leyes del derecho natural nada tiene que ver con su aceptación o reconocimiento en los espíritus de los hombres, y la obligación que ellas crean nada tiene que ver con ningún sentimiento de sentirse obligado, con ninguna sanción de la conciencia, con ninguna otra experiencia. La validez incondicional de las leyes y el carácter no psicológico de la obligación son simples consecuencias del punto de partida según el cual esas leyes son descubiertas, son dadas objetivamente, son una realidad, aunque no la realidad susceptible de observación sensorial. El proceso cognoscitivo por medio del cual esas leyes son descubiertas y enunciadas es diferente del proceso empírico, pero el resultado es el mismo; conocimiento, captación (*insight*), verdad. La validez “universal” de las leyes significa lo mismo que la universalidad de un enunciado verdadero, lógico o empírico, a saber, su independencia de las variables condiciones subjetivas.

⁹ “En el aspecto afirmativo, advierto un propósito central común a todas las escuelas de derecho natural –propósito que comparto–, a saber, el de descubrir aquellos principios del orden social que permitirán a los hombres alcanzar una satisfactoria vida en común. Es la aceptación de la posibilidad de descubrimiento en el dominio moral lo que me parece que distingue a todas las teorías del derecho natural de los puntos de vista opuestos”. FULLER, Lon L., “A rejoinder to Professor Nagel”, en *Natural Law Forum*, nro. 3, 1958, p. 84.

¹⁰ “Hay certidumbres (por ejemplo, la de nuestra libre voluntad y nuestra imputabilidad) que ningún instrumento mecánico ha demostrado jamás, ni podría hacerlo, pero que se imponen de una manera absoluta a nuestra conciencia, de tal modo que no podemos apartarlas. Lo mismo puede decirse de la llamada ‘voz del deber’ que Rousseau llama, acertadamente, la ‘voz celestial’”.

“En tales certidumbres del orden metafísico hay –admitámoslo– algo misterioso. ¿No ha dicho un gran filósofo que la libertad es un misterio? Pero ése, precisamente, es nuestro sino, pertenecer por una parte al mundo físico, y estar a la vez en contacto con el mundo de los valores absolutos al que nos conduce un irrefrenable deseo alojado en nuestros espíritus”. DEL VECCHIO, Giorgio, op. cit., pp. 148-149.

Como he dicho precedentemente, el “derecho natural” es considerado la parte de la ética general que se ocupa de los principios que deben gobernar la vida del hombre en la sociedad organizada con sus semejantes para posibilitar que alcance su destino moral.

3. ¿HASTA QUÉ PUNTO SE OPONEN EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL?

Es obvio que el derecho natural y lo que he llamado la primera tesis del positivismo jurídico son antagónicos, porque dicha tesis niega específicamente la existencia de todo derecho natural. Debe destacarse, sin embargo, que este conflicto no se produce dentro del campo de la filosofía “jurídica”, sino en el terreno general de la ética o filosofía “moral”. El derecho natural no es más que una parte de la ética, y la negación positivista de la existencia del derecho natural se basa en la negación general de todo conocimiento ético. Aunque toda persona tiene derecho a dar su opinión sobre esta cuestión –como sobre cualquier otra– es menester admitir, creo, que una discusión sería sólo es posible entre gente suficientemente familiarizada con el moderno debate de la filosofía moderna sobre el *status* lógico y el valor de verdad de los juicios morales.¹¹

El problema interesante es saber si hay o no conflicto entre las doctrinas del derecho natural y la segunda tesis positivista, que afirma que un orden jurídico es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos. Comúnmente se acepta que existe tal conflicto. Trataré de mostrar que no es así, o en todo caso, que las divergencias de opinión no son más que una cuestión de clasificación y de terminología.

Es verdad, sin embargo, que el derecho natural es usualmente presentado de manera tal que provoca la impresión de que existe un serio conflicto con los postulados empiristas. Los principios del derecho natural, se dice comúnmente, especialmente la idea de justicia, están necesariamente implícitos en el concepto del derecho. Ello significa que

¹¹ El problema de la posibilidad de un conocimiento moral es el tema de mi libro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (Crítica del llamado conocimiento práctico), 1933. Ver también mi artículo “On the Logical Nature of Propositions of Value”, en *XI Theoria*, 1945, pp. 172-210.

ningún orden puede ser reconocido como jurídico si no encarna esos principios, por lo menos en cierto grado. Un orden que de ninguna manera esté inspirado por las ideas de justicia, un orden que no es ni siquiera una tentativa, por defectuosa que sea, de llevar a cabo los principios del derecho natural, no es un orden jurídico sino un orden de fuerza bruta, un régimen de *gangster*. Éste puede tener éxito en establecer un régimen de terror y podemos vernos forzados a obedecer sus órdenes. Pero un régimen de terror no es un régimen de derecho. ¿Cuál es la diferencia? Que no está basado en la justicia y, en consecuencia, carece de “validez” o “fuerza obligatoria”. Un orden jurídico, por el contrario, está investido de validez o fuerza obligatoria precisamente porque se funda en la idea de justicia.

Éste es el tenor del jusnaturalismo corriente; parece claro que contradice la posición positivista en tanto apela al derecho natural y a la noción apriorística de validez como inherente al concepto de derecho, noción que es la base para la descripción de un orden jurídico.

Examinemos ahora más detenidamente esa “validez” o “fuerza obligatoria” que, según se dice, caracteriza la idea de un orden jurídico. La fuerza obligatoria, se expresa, significa que tenemos el deber de obedecer el derecho. ¿A qué clase de deber se alude aquí?

Parece obvio que el deber de obedecer el derecho no puede significar una obligación o un deber jurídico en el sentido en que estas palabras son usadas para describir la situación jurídica que en ciertas circunstancias surge de una norma jurídica, por ejemplo, la obligación del deudor de pagar una deuda estipulada. Porque una obligación en este sentido técnico significa que el deudor corre riesgo de que se ejerzan contra él sanciones jurídicas; pero no hay ni puede haber sanción por el acto de “no obedecer el derecho” diferente de la sanción por no pagar la deuda.

En otros términos: un deber es siempre un deber de comportarse de cierta manera. En este caso la conducta requerida es “obedecer el derecho”. ¿Cómo obedecemos el derecho? Cumpliendo con nuestras obligaciones, por ejemplo, pagando nuestras deudas. De aquí se deduce, a su vez, que si el deber de cumplir con las prescripciones de un orden jurídico ha de significar algo distinto de las obligaciones prescriptas directamente por esta orden, la diferencia no puede consistir en la “conducta requerida”

–aquella a la cual estamos obligados– sino exclusivamente en la “manera” en que estamos obligados a comportarnos. El significado de la fuerza obligatoria inherente a un orden jurídico consiste en que las obligaciones jurídicas de acuerdo con las reglas del sistema, por ejemplo, la obligación de pagar una deuda, no son meros deberes jurídicos que derivan de la amenaza de las sanciones jurídicas, sino también “deberes morales”, en el sentido apriorístico de verdaderas obligaciones morales que derivan de los principios del Derecho natural que acuerdan al orden jurídico su validez o fuerza obligatoria. El deber de obedecer el Derecho es un deber moral “hacia” el sistema jurídico, no es un deber jurídico “conforme” al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo.¹²

Esto significa que la validez o fuerza obligatoria no es realmente una cualidad inherente al sistema jurídico sino algo derivado de los principios del derecho natural. La afirmación de que un orden jurídico posee validez o fuerza obligatoria nada nos dice acerca de obligaciones o hechos jurídicos sino que expresa nuestras obligaciones morales. Tal afirmación pertenece a una conferencia sobre filosofía moral y nada tiene que ver con la descripción del orden jurídico.

Sostengo que no hay ninguna razón para que un filósofo del derecho natural no admita la tesis positivista, y no reconozca que un orden jurídico es un hecho social a ser descrito en términos puramente empíricos sin referencia al concepto de validez. El jusnaturalista se ocupa de la cuestión de si cierto orden fáctico obliga a las personas también moralmente (en

¹² Que la función del derecho natural es de otorgar validez moral al derecho positivo, aparece claramente en MESSNER, Johannes, *Das naturrecht*, 1960, pp. 355-356: “Die Idee der Delegation war immer eine Grundidee der traditionellen Naturrechtslehre: Alles menschliche Recht beruht in seiner bindenden Kraft auf dem sittlichen Naturgesetz und dieses auf dem ewigen Gesetz (...) Als erste folgerung ergibt sich daraus, dass das, positive Recht durch das Naturrecht seine sittliche Sanktionierung empfängt: Die Gehorsamspflicht gegenüber dem positiven Recht wird mit der Gewissensanktion ausgestattet (...) Als zweite Folgerung ergibt sich aus dem in Frage stehenden Delegationszusammenhang der Wegfall der Gewissensanktion für das positive Recht, soweit es sich im Widerspruch zur sittlichen die Gehorsamspflicht gegenüber der Letzteren in Kraft und dann gliit: ‘Man muss Gott mehr als den Menschen’” (*Apostelgeschichte*, pp. 5, 29).

su conciencia, si ellas tienen suficiente comprensión de lo que la verdadera moral requiere). Pero antes de que pueda responderse a esta pregunta es menester saber que existe un cierto orden fáctico, y cuál es su contenido. En consecuencia, la pregunta sobre la validez necesariamente presupone la tesis positivista, a saber, que la existencia de un cierto ordenamiento jurídico puede ser verificada, y su contenido descripto, independientemente de ideas morales o jusnaturalistas.

La única cuestión que puede separar a los jusnaturalistas de los positivistas es de clasificación y terminología: un orden fáctico en total desacuerdo con los principios de justicia –por ejemplo, el régimen nazi bajo Hitler–, ¿debe ser clasificado como un orden jurídico o este rótulo debe reservarse para aquellos órdenes que en alguna medida se basan en los principios del derecho natural?¹³

La importancia de esta cuestión no debe ser sobreestimada. Si un jusnaturalista quiere reservar el término “derecho” para un orden revestido de algún valor moral es porque quiere destacar terminológicamente la diferencia moral entre diferentes sistemas.¹⁴ Y si un positivista prefiere clasificar como orden jurídico todo orden que tenga la misma estructura que un orden jurídico típico, cualquiera sea su valor moral, es porque quiere destacar, también terminológicamente, la similitud fáctica estructural entre sistemas diversos, cualesquiera sean sus calificaciones morales. Un sistema tal como el régimen nazi puede ser descripto con los mismos conceptos y la misma técnica que usamos para los sistemas jurídicos típicos.

Personalmente, yo prefiero un criterio conceptual basado en la convivencia científica y no en consideraciones morales, por la misma razón que encuentro razonable incluir a los cisnes negros en el concepto zoológico de cisne, aunque algunos puedan pensar que los cisnes negros carecen de valor estético. Si, no obstante, todos entienden claramente el carácter terminológico de la cuestión, no hay razón para tomar en serio la discrepancia.

¹³ Cfr. Ross, Alf, *On Law and Justice*, 1958, pp. 31-32.

¹⁴ Lon L. FULLER reclama “una definición del derecho que dé sentido a la obligación de fidelidad al derecho”, op. cit. (en la nota 2 precedente), p. 635. La réplica positivista es que es preferible definir el derecho en términos no morales y entender que la idea moral de fidelidad al derecho no es absoluta sino que depende de la cualidad moral del derecho positivo.

Resumiendo, sostengo que un filósofo jusnaturalista, como tal, no tiene razón para negar que el derecho es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos. Como filósofo jusnaturalista se ocupa de una rama de la filosofía moral. Cuando habla de "validez" de un cierto orden fáctico se ocupa especialmente de la cuestión de si es o no un deber "moral" cumplir con las reglas de este orden. Antes de poder responder a ella es necesario saber cuáles son las reglas de este orden, es decir, debemos tener una descripción del mismo en tanto que hecho observable. El filósofo jusnaturalista no tiene razones para negar que los hechos sociales, al igual que otros hechos, son objeto del conocimiento empírico que se obtiene por medio de métodos empíricos. No tiene mayor importancia que la expresión "orden jurídico" se use o no para designar un orden fáctico cuyas normas han sido concebidas con un espíritu repugnante a las ideas de justicia y humanidad, si su estructura es similar a la de los sistemas jurídicos bien establecidos.

4. EL CUASIPOSITIVISMO ES UN TIPO DE DERECHO NATURAL

Es satisfactorio notar que el punto de vista defendido en la sección ha sido aceptado por algunos modernos filósofos jusnaturalistas familiarizados con la filosofía general, tales como, por ejemplo, el profesor Alfred Verdross. En su libro *Abendländische Rechtsphilosophie (Filosofía jurídica occidental)* escribe (la traducción es mía):

Un defensor del jusnaturalismo no puede negar la posibilidad de que existan normas que, aunque contrarias al derecho natural, son eficaces y, por esta razón, adecuadas como objeto de una investigación científica. El partidario del jusnaturalismo está inclusive obligado a tratar de conocer todo derecho positivo como tal, porque no podrá valorar las normas eficaces si antes no ha establecido su existencia y verificado su alcance y contenido, ya que toda valoración presupone el conocimiento previo del objeto de ella.¹⁵

Con estas palabras Verdross acepta la segunda tesis positiva. Y cuando más adelante admite que podría ser razonable reservar el término "de-

¹⁵ Op. cit., 1958, p. 254.

recho" para los sistemas de normas positivas¹⁶ (lo que significa que el "Derecho natural" no es "derecho") ha aceptado plenamente la doctrina positivista de que todo derecho es Derecho positivo. Pero sigue siendo un ardiente defensor del derecho natural.¹⁷

Por otra parte encontramos en Verdross un malentendido que surge de la ambigüedad de la palabra "positivismo". Como este malentendido es tan común y tiene consecuencias sobre la valoración moral de la verdadera actitud positivista, es apropiado considerarlo con algún detenimiento.

Verdross distingue entre lo que él llama el positivismo jurídico "dogmático" (o "extremo") y el hipotético (o "moderado").¹⁸ El primer término se aplica a la escuela de pensamiento que niega la existencia de un específico conocimiento ético, y, en particular, un derecho natural compuesto de principios éticos que pueden ser descubiertos y establecidos por la razón humana. La segunda expresión designa la actitud que deja abierta la cuestión de la existencia de un derecho natural, y se limita a afirmar que la respuesta a esta cuestión no tiene ninguna importancia para la ciencia jurídica. El objeto de esta ciencia son los sistemas normativos eficaces, y su existencia puede ser verificada, y su alcance y contenido definidos, sin recurrir a ningún principio de derecho natural.

El lector puede fácilmente advertir que el positivismo definido y defendido por mí en este artículo y en trabajos anteriores tiene que ser catalogado, sin ninguna duda, como "dogmático" o "extremo" según Verdross. Es por ello que me siento impulsado a objetar con pasión la equívoca interpretación que Verdross da de la posición positivista.

Desde el punto de vista del positivismo jurídico, dice Verdross, el Derecho positivo posee absoluta validez o fuerza obligatoria. Esto sig-

¹⁶ Op. cit., p. 252. Verdross cita en su apoyo la opinión de Pío XII.

¹⁷ También Johannes Messner, autor católico de la exposición más moderna y amplia de la filosofía del derecho natural, reconoce la independencia del derecho positivo como objeto de una ciencia del derecho fundada en principios de conocimiento puramente empiristas. La ciencia del derecho, según Messner, pertenece a las ciencias empíricas, cuyo objeto es la realidad que se da en la experiencia externa. El objeto de la ciencia del derecho es la determinación de las reglas que de hecho rigen las relaciones de los hombres entre sí (op. cit.) (nota 12 precedente), p. 370.

¹⁸ Op. cit. (nota 3 precedente), pp. 251-252.

nifica que el positivista dogmático reconoce y acepta, en forma no crítica, la autoridad moral de cualquier ordenamiento establecido en tanto que Verdross califica a esta actitud de *Kadavergehorsam* (obediencia estúpida, no crítica) y extrae la conclusión de que ningún partidario del positivismo jurídico dogmático puede, sin contradecirse a sí mismo, adoptar una posición firme contra un sistema político, por abominable que sea.¹⁹

El razonamiento que está detrás de esta línea de pensamiento es, obviamente, que cuando el positivista niega que la validez del derecho positivo proviene del derecho natural, tiene que admitir que su validez es inherente al derecho positivo como tal, esto es, incondicional, absoluta.

Esto es un grave error. La consecuencia de negar el derecho natural es negar que el derecho positivo posee validez en el sentido en que este término es empleado por el jusnaturalismo. Usado de esta manera, dicho término designa un verdadero reclamo moral de obediencia, independiente de todo reconocimiento por parte de los súbditos. Tal reclamo sólo puede basarse en principios éticos. El término no tiene significado alguno para una doctrina que niega todas las verdades éticas. No aparece en el vocabulario de un positivista. Para éste la valoración moral de un régimen político es una cuestión de aceptación personal, subjetiva, de valores y *standards*.

Sería grato para mí que mi amigo y colega reconociera que es perfectamente posible, sin ninguna autocontradicción, negar la objetividad de los valores y de la moral, y al mismo tiempo ser una persona decente y un compañero de lucha digno de confianza contra un régimen de terror, corrupción e inhumanidad. La creencia de que los juicios morales no son verdaderos (ni falsos), que no son el resultado de un proceso cognoscitivo, ni una aprehensión (*insight*) comparable al conocimiento lógico o empírico, de ninguna manera es incompatible con que tales juicios emanen de sólidas actitudes morales. La posición positivista no se refiere a la moral sino a la lógica del discurso moral; no a la ética, sino a la metaética.²⁰

¹⁹ Op. cit., pp. 246, 252, 254.

²⁰ De la proposición metaética de que los juicios morales no son ni verdaderos ni falsos no puede deducirse ningún juicio moral o principio moral. Cfr. Ross, Alf, *Why Democracy*, 1952, p. 94.

Es verdad, sin embargo, y habría que insistir en ello para explicar el malentendido, que un número de autores, comúnmente considerados “positivistas”, han sostenido el punto de vista, descrito por Verdross, de que el orden establecido es, como tal, acreedor a la obediencia. Verdross cita a Bergbohm, el famoso representante de toda una escuela de juristas “positivistas”. Aunque niegan el derecho natural, ellos se aferran a la idea de que el derecho positivo posee “validez”, que ahora deriva de la autoridad del Estado.

Pero esta actitud nada tiene que ver con el empirismo (positivismo verdadero). Ella es una doctrina sobre la “validez”, una filosofía moral caracterizada por que deriva la validez no de principios abstractos inmanentes a la razón humana, sino de la evolución histórica y de las instituciones establecidas.²¹

Esta clase de filosofía moral tiene, hasta donde puedo ver, varias fuentes. Una, pienso, se remonta a las enseñanzas de Martín Lutero, que dio un nuevo alcance a las palabras de San Pablo, de que toda la autoridad estatal proviene de Dios. Otra puede hallarse en la filosofía de Hegel, condensada en el famoso *slogan*: Lo que es real es válido y lo que es válido es real.²² También concuerda con la ideología del conservadorismo: lo que tiene éxito está justificado porque Dios ha permitido que lo tenga. Estas diversas tendencias parecen haber creado, especialmente en Alemania, una tolerancia y sometimiento no críticos hacia toda autoridad oficial, hacia cualquier hombre con uniforme. Ésta es la actitud que se revela en el *slogan*: *Gesetz ist Gesetz* (La ley es la ley), que significa que todo orden jurídico de Derecho, y, como tal, cualesquiera sean su espíritu y sus tendencias, debe ser obedecido. Si hay algo de cierto en la creencia de que el “positivismo” preparó el camino para el régimen de Hitler, tiene que ser este tipo de “positivismo” –esta escuela de Derecho natural– y no el positivismo verdadero en el sentido de una teoría empirista en el campo de la filosofía moral.

Para evitar confundir a esta escuela de pensamiento con el verdadero positivismo propongo llamarla “cuasipositivismo”.

²¹ Cfr. “Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis”, cap. XII (“Der historische Konservatismus als Austäufer des Kantianismus”) 1933. *On Law and Justice*, p. 249 y ss.

²² Cfr. “Kritik”, p. 409 y ss.; *On Law and Justice*, p. 251 y ss.

5. TRES DIFERENTES FUNCIONES Y SIGNIFICADOS DE LA PALABRA “VALIDEZ”

Para preparar el camino de lo que diré más adelante quiero señalar que la palabra “validez” es usada (por lo menos) con tres significados diferentes que cumplen tres funciones distintas²³.

Primero, el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del Derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo, un contrato, un testamento o una orden administrativa, tiene o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido, o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo “según” un sistema de normas dado. El enunciado es un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos.

Segundo, el término es usado en la teoría general del Derecho para indicar la existencia de una norma o un sistema de normas. La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada o a un mero proyecto. Esta función es externa en el sentido de que afirmar que una regla o un sistema de reglas existe, es afirmar algo acerca de la regla o del sistema. El enunciado no es un juicio sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales.

Entiendo, sin embargo, que este uso es corriente en inglés. En dinamarqués, como en alemán, se hace la distinción entre *gyldig* (*gültig*) y *goeldende* (*geltend*). Se dice que un testamento es *gyldig* o *ugyldig* –válido o inválido, nulo– pero hablamos de *goeldende ret*, para aludir al derecho con vigencia efectiva, efectivamente existente. Es digno de hacer notar que no existe una palabra para la negación de *goeldende* que corresponda a *ugyldig*–“inválido”. Como no pude encontrar un equivalente en inglés para *goeldende*, en las versiones inglesas de mis trabajos he usado la palabra *valid* (válido) para expresar también esta función. Ahora comprendo que esta traducción puede engendrar confusiones.²⁴

Tercero, “validez” en ética y en derecho natural, como hecho visto, se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral,

²³ Cf. VERDROSS, op. cit. (ver nota 3 precedente), p. 246.

²⁴ He advertido esto a raíz de la crítica de Hart. Ver *infra*, sección 7.

llamada también la “fuerza obligatoria” del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente.

6. KELSEN CUASIPOSITIVISTA

De lo dicho se desprende que si la palabra inglesa *valid* (válido) (en dinamarqués *goeldende*) es usada para indicar que una regla o un sistema de reglas es una realidad (y no sólo un proyecto o algo imaginado), la palabra, de acuerdo con principios empíricos, debe ser considerada como que se refiere a hechos sociales observables y no a otra cosa. Puede ser difícil definir exactamente qué hechos y qué observaciones son adecuados para verificar la aserción de que una regla existe, pero en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia. Afirmar que una regla o un sistema de reglas existe es lo mismo que afirmar la ocurrencia de un complejo de hechos sociales, entiendo “hechos sociales” en un sentido amplio que incluye también condiciones psicológicas. Así, el término validez, en esta conexión, nada tiene que ver con ningún enunciado normativo de un deber de obediencia al derecho, en el sentido moral de la palabra. Esta idea, característica del pensamiento jusnaturalista y cuasipositivista, no tiene cabida en una teoría del derecho basada en principios empiristas.

La validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales. La noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado. Cuando es usada por un cuasipositivista, este sostén es incondicional; cuando es usada por un jusnaturalista, está condicionado por alguna armonía con los *standards* presupuestos del derecho natural.

A este respecto, la teoría pura del derecho de Kelsen es una continuación del pensamiento cuasipositivista. Kelsen jamás ha superado la idea de que un sistema jurídico establecido, como tal, posee validez en el sentido normativo de la palabra.

Según Kelsen, la existencia de una norma es su “validez”, y que una norma posee validez significa “que los individuos deben comportarse

como la norma lo estipula”.²⁵ Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. ¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer? Hemos analizado esta idea más arriba, en el punto 3. Hemos visto que la idea de un deber de obedecer el derecho (de cumplir con las obligaciones jurídicas) sólo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la “fuerza obligatoria” inherente al derecho.

A pesar de que esta interpretación no armoniza con el confesado programa empirista de la teoría pura del derecho, ella es inevitable y debemos tomarla como una supervivencia de la filosofía del derecho natural de tipo cuasipositivista.

Esta interpretación se confirma por la manera como Kelsen trata de explicar el significado de la reiterada admonición de comportarse como la norma requiere. El significado, afirma, es que el significado subjetivo de la norma es también objetivo,²⁶ lo que equivale a decir que la norma expresa una verdadera obligación: a los individuos no sólo se les “ordena” comportarse de cierta manera sino que ellos “realmente”, “en verdad”, “objetivamente”, deben hacer lo requerido por la norma. Pero la idea de una norma verdadera o de un deber objetivo es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural, una idea que sólo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos de los cuales se derivan los verdaderos deberes.

Que a Kelsen le preocupa el problema tradicional de la cualidad moral que distingue a un orden jurídico del régimen de un *gangster*, aparece en la manera cómo él ilustra la idea de validez como dotada de un significado normativo objetivo. “No todo acto”, prosigue, “cuyo significado subjetivo es una norma es objetivamente tal. Por ejemplo, la orden que da un ladrón de entregar la bolsa no se interpreta como una norma obligatoria o válida”.

Solamente con esta interpretación resulta posible entender el peculiar punto de vista de Kelsen de que es lógicamente imposible considerar a

²⁵ KELSEN, Hans, *What is justice?*, 1957, p. 214; *General Theory of Law and State*, 1946, pp. 115-116, 369, 395-396.

²⁶ KELSEN, Hans, *What is justice?*, 1957, p. 257.

una regla jurídica particular como válida, y al mismo tiempo aceptar, como moralmente obligatoria una regla moral que prohíbe la conducta requerida por la regla jurídica.²⁷ Si la validez jurídica es entendida como una cualidad moral inherente al sistema establecido, esta posición, desconcertante a la luz de los principios empiristas, adquiere fundamento. Hay que hacer notar que el presupuesto de que la norma fundamental proporciona validez al sistema fáctico es atribuido por Kelsen al llamado “pensamiento jurídico”. El presupuesto es únicamente revelado –y aceptado– por la ciencia del derecho. El “pensamiento jurídico” se refiere, supongo, a las ideas y creencias comúnmente sustentadas por los juristas.²⁸ El “pensamiento jurídico”, sin embargo, no es una guía digna de confianza para el análisis lógico. Puede ser, y es muy probable en el campo del derecho y la moral, que la manera corriente de “pensar” esté saturada de conceptos ideológicos que reflejan experiencias emocionales pero que carecen de toda función en la descripción de la realidad, que es la misión de la ciencia jurídica. En tal caso, la tarea del analista es rechazar, no aceptar, la idea de validez.²⁹

7. COMENTARIO SOBRE HART

Como se desprende de las secciones precedentes, mis tesis principales referentes al significado y función del concepto de “validez” son las siguientes:

1. Si el término “validez” es tomado en el sentido en que es usado por el derecho natural (incluyendo el cuasipositivismo), es decir, para designar una cualidad moral de un sistema jurídico que otorga fuerza obligatoria a las obligaciones del sistema, el mismo tiene sentido en una ciencia del derecho fundada en principios empiristas.

²⁷ *General Theory of Law and State*, pp. 373-375, 408-410.

²⁸ *General Theory*, p. 116; *What is justice?*, pp. 221-224.

²⁹ He hecho a Kelsen una crítica similar en mi nota bibliográfica a *What is justice?*, en *California Law Review*, nro. 45, 1957, pp. 564-570. Por su parte, Kelsen ha llevado a cabo un penetrante análisis y crítica de mis puntos de vista en su artículo “Eine realistische und die reine Rechtslehre”, en *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959, p. 1 y ss.

2. Si la palabra inglesa *valid* (válido) (o sus equivalentes en dinamarqués *goeldende* o en alemán *geltend*) es usada para designar la existencia (realidad, ocurrencia) de una norma o de un sistema de normas, debe ser entendida como referencia abreviada a un complejo de hechos sociales, a saber, aquellos hechos sociales que en la ciencia del derecho son considerados necesarios y suficientes para verificar una proposición relativa a la existencia de la regla o sistema de reglas. En mi libro *On Law and Justice* he desarrollado esta idea y tratado de mostrar que la verificación se refiere, en último análisis, a la conducta futura de los jueces (y otras autoridades que aplican el derecho) bajo ciertas condiciones, y que la proposición "*D is valid Danisch law*" ("*D es derecho danés vigente*"), equivale, por esta razón, a la proposición predictiva de que los tribunales, bajo ciertas circunstancias, basarán su decisión (también) en la directiva D. Tal predicción sólo es posible sobre la base de un complejo conjunto de hechos sociales (incluyendo hechos psicológicos, conducta y actitudes).

En su artículo "*Scandinavian Realism*", el profesor H. L. A. Hart ha formulado una crítica a mi análisis de "*validez*". Puede ser de interés comprobar hasta qué punto Hart está en desacuerdo con mis puntos de vista, tal como los he expuesto aquí.

Hasta donde yo he podido ver, no hay prácticamente desacuerdo alguno. Las objeciones de Hart descansan sobre una mala interpretación de mis intenciones, en parte causada por el hecho lingüístico (que he advertido recientemente) de que la palabra inglesa *valid* (válido) difícilmente puede ser usada de la misma manera que la palabra dinamarquesa *goeldende*.

El término *valid* es usado por Hart en el primer³⁰ y tercer³¹ sentido mencionados en el punto 5 precedente. El uso de la palabra en el tercer sentido (como cualidad moral) tiene lugar, sin embargo, únicamente en la exposición de los puntos de vista del derecho natural, no en la de los propios. Por lo tanto, debemos limitarnos al análisis que Hart ofrece del término tal cual se da y funciona en el pensamiento jurídico corriente.

³⁰ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 1961, pp. 22, 28, 31, 68, 70-71, 100 y ss.

³¹ Op. cit., pp. 152, 182, 195 y ss.

El concepto de validez analizado por Hart es el concepto tal como funciona cuando se dice que un determinado contrato, testamento o algún otro acto jurídico es válido o inválido (nulo). Se dice que un acto jurídico es válido cuando ha sido realizado de tal manera que llena las condiciones –establecidas en una norma jurídica– necesarias para que el acto tenga los efectos jurídicos que corresponden a su intención.

Este concepto de validez es bien conocido por todos los abogados y lo he analizado en completa armonía con el punto de vista de Hart.³² Sin embargo, cuando en *On Law and Justice* examino con alguna extensión el significado de la aserción: “D (una determinada directiva o regla) is valid Danish law”, no me ocupé de aquel concepto, que cumple aquella función. La manera como el problema es planteado y tratado no deja lugar a dudas de que el punto en discusión es el que Hart aborda bajo el título de la “existencia” de una regla jurídica o de un sistema jurídico.³³ Como señalé más arriba, advierto ahora que la expresión dinamarquesa *goeldende ret* no debería haber sido traducida al inglés como *valid law*. Lamento que no haya habido de parte mía una mejor comprensión de los usos lingüísticos ingleses, pero, al mismo tiempo, creo que Hart, si hubiera prestado un poco más de atención, habría advertido que el problema tratado por mí bajo el rótulo de “*validity*” es totalmente distinto del considerado por él bajo el mismo rótulo. Si Hart hubiera entendido esto, no habría hallado fundamento para su crítica de que los enunciados sobre la validez jurídica nada tienen que ver con la predicción de la conducta judicial.

Es interesante notar que cuando estos malentendidos son eliminados parece no haber desacuerdos entre nuestros puntos de vista acerca de qué es lo que está involucrado en la cuestión sobre la “existencia” de un sistema jurídico. En clara oposición con Kelsen, Hart rechaza la idea de que la existencia de un sistema jurídico es su validez expresada en una norma fundamental que exhorta a los individuos a obedecer el derecho. Hart dice con acierto que es engañoso hablar de una regla que prescribe que otra regla sea obedecida.³⁴ Su propia posición surge con

³² *On Law and Justice*, p. 254. Cf. 32 y 79.

³³ Op. cit., pp. 106-109, 117-245.

³⁴ Op. cit., p. 246.

toda la precisión deseable de esta proposición: La cuestión de si existe una regla de reconocimiento y de cuál es su contenido, es decir, cuáles son los criterios de validez en un sistema jurídico dado, es considerada a lo largo de este libro como una cuestión empírica, aunque compleja.³⁵

Cualquiera que se halle familiarizado con la terminología especial empleada por Hart verá fácilmente que el autor se ocupa aquí de la existencia de la norma suprema o del sistema jurídico como un todo. Su punto de vista, de que se trata de una cuestión de hecho empírica, está en completa armonía con la idea básica de *On Law and Justice*. Cuando más adelante Hart sostiene que al afirmar que un sistema jurídico existe “aludimos, en realidad, en forma comprimida, a una cantidad de hechos sociales heterogéneos”, y que la verdad de esta afirmación puede ser establecida “mediante referencia a la práctica efectiva: a la manera cómo los tribunales identifican lo que debe ser considerado, y a la aceptación general o aquiescencia respecto de estas identificaciones”,³⁶ la similitud entre su posición y la mía resulta todavía más notable.

³⁵ Op. cit., p. 245.

³⁶ Op. cit., pp. 109-105.

Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*

RODOLFO VÁZQUEZ**

La enseñanza del Derecho y el diseño de cualquier currículum universitario es un asunto que merece atención especial. Como sostiene Owen Fiss, profesor de la Universidad de Yale:

La calidad de cualquier institución académica depende en definitiva de la profundidad y diversidad de su cuerpo docente, que es el que da forma al plan de estudios de la facultad y es responsable de los resultados de la enseñanza, del carácter de su biblioteca y del tipo de estudiantes que son atraídos por la institución. Es el cuerpo docente quien define la facultad.¹

Consciente de la importancia de este tema y de la necesidad de una reflexión que invite a un debate puntual y crítico sobre el mismo, quisiera centrar mi intervención, no tanto en el problema de qué se enseña y cómo debería enseñarse alguna materia en particular del currículum jurídico -Constitucional, Administrativo, Civil o Filosofía del Derecho-, o algún conjunto de ellas bajo la denominación, por ejemplo, de "Derecho Público" o "Derecho Privado", sino en analizar la propia enseñanza del Derecho en su conjunto, y hacerlo precisamente desde un enfoque filosófico.

Con este propósito voy a intentar responder a tres cuestionamientos básicos: 1) qué concepción del Derecho se quiere enseñar; 2) cuál es la metodología adecuada o coherente con tal concepción, y 3) qué resultados

* Publicado originalmente en *Estudios jurídicos*, nro. 13, Universidad Intercontinental, julio-diciembre de 2000.

** Licenciado en Derecho por el ITAM y Doctor en Filosofía por la UNAM.

¹ Fiss, Owen, "El Derecho según Yale", en *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 28.

u objetivos se espera alcanzar en los estudiantes de acuerdo con la concepción y la metodología elegidas.² Las respuestas que se han ofrecido a estas tres preguntas han sido de una gran variedad. Me atrevería a decir que ahí (universidad, facultad o centro) donde se ha tomado plena conciencia del qué, el cómo y el para qué del Derecho, se ha podido perfilar un “carácter”, una “manera de ser” que identifica a los mismos profesores y alumnos, y que orienta el rumbo de la institución. La variedad de respuestas conforma, sin lugar a dudas, una pluralidad de identidades jurídicas.

Con la mente puesta en los tres cuestionamientos señalados, quiero analizar sucintamente algunas de las “modalidades” o “concepciones” que se han propuesto en la enseñanza del Derecho. Comenzaré por una concepción *formalista* o *positivista ortodoxa* del Derecho, a la que algunos juristas se refieren con la expresión “explicación tradicional del Derecho”;³ enseguida diré algunas palabras sobre lo que hoy día se conoce como concepciones “crítico-realistas”, para concluir con la exposición de lo que llamaré concepción “deliberativa y democrática” del Derecho. Estoy consciente de que no son las únicas, aunque sí creo que de las más representativas o, en todo caso, de las que he considerado más interesantes para discutir en un encuentro académico como éste.

1. CONCEPCIÓN FORMALISTA O POSITIVISTA ORTODOXA

Para esta concepción, en términos de Martín Böhmer: “El Derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa lograr que los alumnos las conozcan, y que esta actividad se encuentra dirigida a formar a quienes trabajen con dichas normas, en cualquiera de las diversas profesiones jurídicas”.⁴ En términos de José Ramón Cossío los elementos de esta concepción serían los siguientes:

² Tomo estos cuestionamientos de BÖHMER, op. cit. Su libro-compilación es de los pocos libros -claro y propositivo- en lengua castellana dedicado al tema que nos ocupa.

³ Véase Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001, p. 294 y ss.

⁴ BÖHMER, op. cit., p. 15.

la consideración puramente normativa del Derecho; el estudio exclusivo de las normas generales, particularmente las leyes; la consideración puramente normativa de los órganos del Estado y demás sujetos de actuación dentro de los procesos normativos; la discusión de los temas de estudio mediante las opiniones de los profesores o investigadores del Derecho (juristas) (...) la ausencia de consideración de lo que suele denominarse las "fuentes reales" del Derecho; la falta de historicidad para la identificación o explicación de las normas jurídicas...⁵

En buena medida, esta concepción representa la versión decimonónica del Derecho desarrollada en Francia a través de la Escuela de la Exégesis, en Alemania a través de la Jurisprudencia de Conceptos y en Inglaterra a través de la Jurisprudencia Analítica. Si bien esta concepción se enfrentó a fuertes críticas en lo que Renato Treves ha llamado "la revuelta contra el formalismo", lo cierto es que su influencia rebasa el marco convencional del siglo XIX para insertarse de lleno en el siglo XX. En una serie de ensayos escritos a principios de los años sesenta, reunidos posteriormente bajo el título *El problema del positivismo jurídico*,⁶ Norberto Bobbio distingue tres puntos de vista desde los cuales debe entenderse tal concepción: como aproximación o enfoque, que en un sentido amplio podríamos llamar "metodológico"; como "teoría" y como "ideología". Desde el punto de vista metodológico, el positivismo jurídico "asume frente al Derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (...) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores".⁷ Este *approach* "científico" en el estudio del Derecho es entendido, entonces, desde una perspectiva descriptiva. Cualquier introducción valorativa vulneraría la pretensión de cientificidad y convertiría a la ciencia jurídica en "política jurídica", es decir, en un conocimiento de tipo prescriptivo.

Por lo que respecta al positivismo jurídico entendido como "teoría", Bobbio lo resume en cinco tesis básicas: 1) el Derecho es coactivo, es decir, un sistema de normas que se aplican por la fuerza o cuyo contenido

⁵ Cossío, op. cit., p. 294.

⁶ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

⁷ *Ibidem*, p. 42.

es la reglamentación del uso de la fuerza; 2) la norma jurídica es imperativa, es decir, debe entenderse como mandatos; 3) la supremacía de la ley sobre las otras fuentes del Derecho y la reducción de estas últimas a fuentes subordinadas o aparentes; 4) el ordenamiento jurídico entendido como un sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o ausencia de lagunas y de coherencia o falta de antinomias, y, por último, 5) la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica o aplicación mecánica de la norma bajo el criterio de subsunción”.⁸

Finalmente, en tanto ideología, el positivismo jurídico asume la creencia en ciertos valores y confiere al Derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo. De acuerdo con el mismo Bobbio, un positivista puede argumentar a favor del valor positivo del Derecho, bien sea haciendo coincidir el juicio de justicia o injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez, o bien mostrando que la sola existencia del Derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza, la justicia legal.⁹ Con cualquiera de las argumentaciones lo que se concluye es que la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral. Sea por su validez o por la preservación de “valores intrajurídicos”, el Derecho debe ser obedecido no sólo por temor a la sanción sino por deber moral.

No es mi propósito criticar ahora esta concepción. No se necesita salir del mismo positivismo jurídico para encontrar las réplicas más finas a la concepción “ortodoxa” que he delineado anteriormente. Basta leer con cuidado al propio Kelsen o adentrarse en esas obras magistrales, que deben formar parte de cualquier curso de filosofía del Derecho: *Sobre el derecho y la justicia* de Alf Ross, *El concepto de Derecho* de Herbert Hart y *El concepto de sistema jurídico* de Joseph Raz. Lo que me interesa es mostrar cómo de esta concepción general del Derecho se desprende un tipo de enseñanza jurídica específica.

Si desde el punto de vista metodológico de lo que se trata es de asumir una posición a-valorativa y descriptiva, la enseñanza del Derecho

⁸ Véase, ídem, p. 45.

⁹ Véase, ídem, p. 47.

debe corresponder a la misma, es decir, los estudiantes deben conocer y saber explicar el contenido del ordenamiento jurídico y reproducirlo con la mayor claridad posible. Cito nuevamente a Martín Böhmer:

La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales o en la defensa de algún cliente. El diseño del plan de estudios calca el diseño del sistema jurídico: un curso para la Constitución, otro para el Código de procedimientos civil, dos para el Código Penal, y debido a su extensión, varios para el Código Civil, etcétera. Las evaluaciones son en general a libro cerrado y con preguntas sobre diversos temas para saber cuánto recuerda el alumno de los textos estudiados o si los ha comprendido.¹⁰

Como parece natural, si los textos que se utilizan son los códigos, las leyes o los comentarios a las mismas en el marco de la dogmática jurídica, las bibliotecas reflejarán esa literatura, pero difícilmente se encontrará otro tipo de materiales o, si los hay, su consulta será "espuria".

Por lo que hace al aspecto teórico, la conjunción de algunas de sus tesis, va delineando también un tipo especial de jurista. El supuesto teórico que subyace a la idea de la primacía de la ley como fuente del Derecho y a la coactividad del Derecho es el de una autoridad normativa que surge del consenso mayoritario, que se expresa en el texto constitucional y en las leyes. La estricta separación de poderes garantizaría la independencia y complementariedad de tales instancias de poder. Bajo estos supuestos, los jueces se convierten en meros aplicadores del Derecho manteniendo escrupulosamente una actitud de neutralidad. De no hacerlo así, es decir, si los jueces intervinieran en el proceso de aplicación de la ley, violentarían el principio de división de poderes asumiendo la posición de legisladores ilegítimos. Esto, como es natural, inhibe la interpretación judicial. Si aceptamos, además, la tesis de una sistematización del ordenamiento jurídico coherente, pleno y cerrado, la docencia se convierte en una especie de espejo de un contenido ya dado y prácticamente inamovible cuyo cuestionamiento es visto con franca sospecha

¹⁰ BÖHMER, op. cit., p. 16.

y recelo. Si esta repetición es la que se exige en la enseñanza del Derecho, entonces parece claro que no se necesita de docentes profesionales. La tarea universitaria se convertiría más en un *hobby* que en una actividad que demanda una intensa dedicación... Para los profesores, la enseñanza del Derecho sería una tarea subordinada a la principal que es, en general, la de trabajar como abogado o juez.¹¹ La facultad de Derecho no requeriría, en principio, de profesores de tiempo completo sino de profesionales del Derecho que dedicaran algún tiempo, normalmente escaso, a la docencia.

Como ideología, la concepción formalista o positivista ortodoxa puede asumir la posición extrema de identificar validez con justicia. La sola existencia de la norma exige no únicamente su obediencia jurídica sino también moral. El estudiante debe habituarse a repetir, sin criticar o cuestionar, el contenido de las normas y a entender que los juicios de orden político o moral deben reservarse al ámbito extrauniversitario. El Derecho no anuncia ni denuncia, no es un factor de transformación social. El estudiante se va perfilando así con un carácter de tipo conservador. Me refiero, naturalmente, a lo que se ha llamado “positivismo ideológico”, que tantas críticas ha recibido de los propios teóricos del positivismo, pero que es muy frecuente encontrar entre los profesionales del Derecho.

En buena medida esta herencia “continental” ha definido y caracterizado a gran parte de nuestras facultades de Derecho latinoamericanas y no creo exagerar si digo que constituye, para bien o para mal, nuestro paradigma más relevante.

2. CONCEPCIÓN CRÍTICO-REALISTA

La concepción crítico-realista abarca un conjunto amplio de escuelas y pensadores. Hice alusión hace algunos momentos a lo que Renato Treves llamó “revuelta contra el formalismo”: François Geny en Francia, el juez Holmes en Estados Unidos, la jurisprudencia de intereses. A éstos habría que agregar otros juristas como Jerome Frank y Roscoe Pound, a los representantes de la escuela escandinava, la escuela del Derecho libre, el marxismo jurídico y, más recientemente, las llamadas genéricamente escuelas críticas del Derecho. En un afán de síntesis y por razones

¹¹ *Ibid.*

de tiempo centraré mis comentarios sobre una de las corrientes contemporáneas, cuyo principal desarrollo se ha dado en los Estados Unidos, y que ha sido objeto de debates intensos especialmente a partir del reconocimiento de las minorías, la llamada “Estudios críticos del Derecho” o *Critical Legal Studies*.

El movimiento de los CLS se desarrolla a partir de una crítica interna de la razón jurídica americana de la década de los 60 y 70. Pese a la variedad de propuestas y de orígenes teóricos diversos, la cohesión de este movimiento opera no tanto en el plano “intelectual-sustantivo” sino en el plano “político” y “sociocultural”. En lo político, como afirma Juan Antonio Pérez Lledó, “en un sentido o bien muy general de valores y actitudes de ‘izquierdas’ compartidos o bien muy concreto de ‘activismo’ en disputas políticas cotidianas. Y ‘sociocultural’ porque CLS es una red de relaciones entre académicos que generacionalmente (...) comparten la herencia de los movimientos sociales de los sesenta...”¹² Obviando las diferencias históricas y geográficas se podría decir lo mismo de nuestros teóricos del Derecho latinoamericanos.

De acuerdo con el mismo Pérez Lledó, podríamos sintetizar sus tesis principales en las siguientes: 1) énfasis en la dimensión histórica y social del Derecho entendiendo a este último con una autonomía relativa; 2) defensa de la interdisciplinariedad frente a la exclusividad de la dogmática jurídica; 3) acento en la dimensión política del Derecho y del discurso jurídico contra su supuesta neutralidad valorativa; 4) aceptación de la indeterminación del Derecho (lagunas y contradicciones formales e incoherencias sustantivas) y subjetividad del razonamiento jurídico reforzada con la crítica posmoderna; 5) carácter ideológico del Derecho y la necesidad, como sostiene uno de los representantes más destacado de los CLS, Duncan Kennedy, de “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo”,¹³ y 6) ambivalencia hacia el Derecho al que se lo critica como factor

¹² Véase PÉREZ LLEDÓ, Juan A., “Teorías críticas del Derecho”, en *El Derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1996, p. 96.

¹³ KENNEDY, Duncan, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, en *Doxa*, nro. 11, España, Universidad de Alicante, 1992, p. 284.

de conservación del *statu quo* y, al mismo tiempo, se lo aprecia como instrumento de transformación.¹⁴

A partir de esta concepción general del Derecho se puede delinear con relativa facilidad el tipo de enseñanza defendida y promovida por los CLS. Por lo pronto, debe asumirse que las facultades de Derecho son lugares de gran intensidad política: reproducen y están al servicio de una serie de “jerarquías ilegítimas” que se revelan en la misma profesión jurídica y en la sociedad.

Las facultades de Derecho –pensemos sobre todo en aquellas que en Estados Unidos son catalogadas en los niveles superiores– son vistas como auténticas fábricas de abogados corporativos, que suministran la mano de obra inexperta y dócil que requieren los grandes despachos de abogados. Poco a poco, a lo largo de su formación profesional, se va “incapacitando” al estudiante para el conocimiento de otras áreas –política, historia, filosofía– y para el ejercicio de prácticas alternativas, denigrando o menospreciando esas áreas o prácticas alternativas, o bien ofreciendo un “mensaje emocional” al tenor de la siguiente afirmación de Kennedy: “La Facultad de Derecho, como extensión del sistema educativo global, enseña a sus estudiantes que ellos son débiles, perezosos, incompetentes e inseguros (...), y que, si tienen suerte y están dispuestos a aceptar la dependencia, grandes instituciones les tomarán a su cuidado pase lo que pase”.¹⁵

Pero además de preparar a sus estudiantes hacia la práctica del Derecho corporativo, las facultades de Derecho los preparan para insertarlos en la estructura fuertemente jerarquizada de la profesión jurídica. Ésta comienza por la misma jerarquización de los despachos jurídicos, entre sí y hacia el interior de los mismos, y continúa con la jerarquización en el sistema judicial, entre abogados y clientes y en la propia estructura social, donde el abogado tiene garantizado un lugar en la elite social. La enseñanza del Derecho reproduce y sirve a estas jerarquías. Los mecanismos de jerarquización son diversos pero se podría pensar, por ejemplo, en el criterio de los recursos materiales y la cualificación de los

¹⁴ PÉREZ LLEDÓ, op. cit., p. 100.

¹⁵ KENNEDY, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*, Afar, Mass., Cambridge, 1983.

profesores: las facultades más ricas tienden a tener los mejores profesores, y los mejores estudiantes con recursos van a ese tipo de facultades; por el contrario, las facultades más pobres tienen peores profesores y peores estudiantes.

Esta denuncia de las jerarquías ilegítimas y el compromiso de los CLS con la acción política concreta en sus centros de trabajo explica, en buena medida, su especial interés por la enseñanza del Derecho. Ésta no es una actividad secundaria o subordinada sino más bien constitutiva de su propia concepción del Derecho. Si, como propone Pérez Lledó, un profesor de los CLS se preguntara:

¿Qué puedo hacer yo, que resulta que soy un profesor de Derecho de izquierdas, a favor de mis ideales y actitudes político-morales igualitaristas, solidarias, progresistas, etcétera? La respuesta sería: Actúa en el mundo. Tu mundo es la facultad de Derecho. Allí puedes escribir toda la teoría que quieras, pero no te quedes en un mero ejercicio académico más o menos elegante. Organiza además a tu gente para actuar juntos no sólo dentro sino también fuera del despacho, en las aulas, en las juntas de facultad, en la biblioteca y hasta en el bar.¹⁶

Por supuesto el currículum es objeto de denuncia y debe modificarse. Detrás de todo “currículum formal” hay un “currículum oculto”. Éste se construye, más o menos implícitamente, a partir de una jerarquía entre cursos más y menos importantes, y más y menos jurídicos, que transmite un mensaje que hay que saber leer:

El núcleo duro de asignaturas obligatorias, como hace notar Pérez Lledó, aparece como algo claro, coherente, racional, preciso, y constituye la parte “verdaderamente” jurídica de la formación de un jurista, limpia de impurezas sociológicas y valorativas o políticas: es el “meollo” técnico y neutral, el armazón que define su identidad como abogado. (...) La localización de otros cursos en la periferia, pospuesta y desarticulada, transmite el mensaje de que sus contenidos, ni son tan centrales en la definición del jurista, ni son tan rigurosos y coherentes como en el caso anterior.¹⁷

¹⁶ PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento*, Critical Legal Studies, Madrid, Tecnos, 1996, p. 119.

¹⁷ Ídem, p. 124.

Tal estructura curricular, piensan los CLS, oculta a fin de cuentas el divorcio entre el razonamiento jurídico y el razonamiento político-moral. El mensaje oculto podría expresarse con el siguiente enunciado: “Si quieres ser abogado, piensa como abogado”, es decir, excluye la dimensión político-moral de tu razonamiento. Si quieres ingresar a la comunidad jurídica tienes que acostumbrarte a un modo distintivo de análisis: técnico, neutral, objetivo, riguroso y autónomo.

Si con lo dicho retomamos la división tripartita que propuso Bobbio para referirse al positivismo formalista y la aplicamos para referirnos, ahora, a las propuestas que sugieren los CLS, nos encontraríamos con lo siguiente. Por lo que hace al nivel teórico, que se manifiesta en la concepción filosófica, social o histórica que se tiene del Derecho, deben reforzarse tales áreas porque es ahí, en esas materias, donde se explicitan los presupuestos político-morales del razonamiento jurídico, facilitando la posibilidad de otras alternativas del universo jurídico. Pero esta propuesta no debe entenderse como excluyente de la dogmática jurídica. Para los CLS, la enseñanza de la teoría social, de la filosofía jurídica y de la historia del Derecho, por ejemplo, no se debe dar “al lado” de las otras materias jurídico-positivas sino *dentro* de las mismas. La teoría del Derecho debe hacerse explícita, por ejemplo, en un curso de contratos, y la historia del derecho en un curso de Derecho Civil, y así en todas las materias regulares. No deben ser materias separadas sino integradas.

Desde el punto de vista metodológico, el razonamiento jurídico dejaría de concebirse como un razonamiento autónomo ya que incorporaría en su argumentación el nivel teórico-valorativo. No se debe renunciar al manejo técnico de las reglas. Por el contrario, hay que explotarlo al máximo porque sólo así, desde dentro, se podrá mostrar la indeterminación jurídica con sus lagunas e incoherencias, y así defender la posibilidad de otras visiones alternativas.

Finalmente, desde el punto de vista ideológico, los CLS demandan un sentido de responsabilidad y compromiso social del jurista, que es parte constitutiva de la propia concepción del Derecho. El Derecho no reproduce el *statu quo* sino que es un factor de transformación y de cambio social. Lo que se demanda del juez, en este contexto, no es una aplicación mecánica y pasiva de la ley sino un activismo político que facilite y garantice, precisamente, los medios de transformación social.

3. CONCEPCIÓN DELIBERATIVA Y DEMOCRÁTICA

La concepción deliberativa y democrática de la educación, que quiero hacer extensiva en este último inciso a la enseñanza del Derecho, no es nueva en el escenario filosófico; bastaría pensar en los trabajos pioneros de John Dewey y Emile Durkheim,¹⁸ por ejemplo. Pero ciertamente es a partir del camino abierto por John Rawls que pensadores como Amy Gutmann y Carlos Santiago Nino han desarrollado esta concepción con especial referencia a los campos que ahora nos interesan.

Si por educación, sostienen los defensores de esta concepción, se entiende un proceso mediante el cual se preserva, transmite y recrea una cultura común –conocimientos y creencias, ideales y normas, hábitos y destrezas–, tal proceso se justifica desde el modelo deliberativo y democrático cuando se favorece la formación y el ejercicio de la autonomía personal, el fortalecimiento de la dignidad humana y el trato igualitario de los individuos a través de la no discriminación o, en su caso, de la diferenciación en virtud de rasgos distintivos relevantes.

Una educación justificada de acuerdo con tales directrices sólo tiene cabida en una sociedad donde la autoridad educacional esté distribuida de manera que permita participar activamente a los ciudadanos tanto en el diseño de las políticas educativas como en los contenidos curriculares. Como afirma Gutmann: “La virtud democrática, para decirlo sencillamente, significa la posibilidad de debatir públicamente los problemas educativos (...) la habilidad para deliberar y, de esta manera, participar en una consciente reproducción social”.¹⁹ Lo que se requiere de una sociedad democrática es que asegure la enseñanza de aquellos valores necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo, por ejemplo, la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad.

El principio de “autonomía” permite identificar determinados valores sobre los que versan ciertos derechos. El bien más genérico protegido por este principio es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, concretamente: el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad; la libertad de residencia y de circulación; la

¹⁸ Véase GENEYRO, Juan Carlos, *La democracia inquieta*, México, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, 1991.

¹⁹ GUTMANN, Amy, *Democratic Education*, Princeton University Press, 1987, pp. 11 y 46.

libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas; y la libertad de asociación para participar en comunidades voluntarias que los individuos consideren convenientes. Referido al proceso y al contenido democrático mismo, este principio regula y garantiza la libertad para el ejercicio de la actividad deliberativa y la disposición al discurso y debate públicos que suponen, a su vez, los valores de veracidad y publicidad. Asimismo, el autocontrol, la determinación para las acciones individuales y colectivas y el compromiso consigo mismo y con los demás. Pienso que la virtud cívica que se infiere del principio de autonomía y que ordena los valores mencionados es el de la "responsabilidad".

El principio de "dignidad" permite identificar ciertos valores y los derechos correspondientes, íntimamente relacionados con la identidad del individuo y con la idea de que éste en su persona no debe ser tratado nunca como un medio sino como un fin en sí mismo. Cualquier sacrificio o privación en su persona se justifican sólo si el propio individuo otorga su consentimiento, es decir, hace valer su autonomía personal. Es esta última la que fundamenta su dignidad, no al revés. El bien más genérico protegido por este principio es la vida misma y, concretamente, entre otros, la integridad física y psíquica; la intimidad y privacidad afectiva, sexual y familiar, y el honor y la propia imagen. Referido al proceso y al contenido democrático mismo, este principio regula y garantiza el autorrespeto y el respeto al otro, que supone, a su vez, el reconocimiento de su independencia, separación e identidad personal. Pienso que la virtud cívica que se infiere del principio de dignidad y que puede dar cuenta de los valores mencionados es la "tolerancia".

El principio de "igualdad" se satisface, de acuerdo con Francisco Laporta: "si y sólo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudica a los individuos beneficios o cargas diferenciadamente en virtud de rasgos distintivos relevantes".²⁰ Ejemplos de rasgos no relevantes que no justificarían un trato discriminatorio entre las personas serían la raza, el sexo, las preferencias sexuales o las convicciones religiosas. En relación con la justicia distributiva, el principio de igualdad tiene que ver con la

²⁰ LAPORTA, FRANCISCO, "El principio de igualdad", en *Sistema 67*, Madrid, 1985, p. 27.

distribución de bienes públicos y el reconocimiento de los derechos que sirven para su protección: los derechos económicos, sociales y culturales. Referido al proceso y al contenido democrático mismo, supone la vinculación del individuo con la comunidad y los valores que se desprenden de tal vinculación: fraternidad, lealtad, sentido de la cooperación, valores que podrían agruparse bajo la virtud de la "solidaridad".²¹

No oculto la simpatía que tengo por esta concepción, y quizás sea por esta razón que me resulta más complicado presentarla de la manera esquemática con la que he intentado hacerlo con las dos anteriores. Por ello no he encontrado una mejor forma de hacer evidente esta concepción deliberativa y democrática que trayendo a cuento algún problema de la teoría jurídica y de la práctica judicial que me parece puede resultar de interés. El problema que he elegido es el de la facultad que tienen los jueces para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas –leyes o decretos, por ejemplo– que dictan precisamente los órganos democráticos –Congreso o Ejecutivo–. Pese a su relevancia, esta facultad de los jueces ha sido severamente cuestionada poniendo en entredicho su imparcialidad y, por consiguiente, la necesidad de su independencia. Permítanme dedicarle algunos minutos a este asunto para mostrar los alcances de esta concepción.

El principal argumento aducido en contra del control judicial de constitucionalidad es el conocido como "la dificultad contramayoritaria". El constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió esta dificultad con los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema (...) cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del

²¹ La tipología de virtudes que sugiero se inspira en la división tripartita que propone Kant para la formación del carácter de los educandos: 1) los deberes para consigo mismo; 2) los deberes hacia los otros; 3) el deber de benevolencia. El primero se fundamenta en la conciencia de que el hombre posee dignidad, es decir, el deber de actuar sin violar su propia humanidad, su ser autónomo; el segundo tiene que ver con la reverencia y el respeto por los derechos del otro, y el tercero descansa en la simpatía por los demás, no en el sentido de una pena o lástima sino en el sentido de un deber de ayuda. *On Education*, Thoemes Press, 1992, p. 100 y ss.

pueblo real de aquí y ahora (...) ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas, es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.²²

Por su parte, el filósofo del Derecho Genaro Carrió ha expresado la dificultad con las siguientes palabras:

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos.²³

Ahora bien, si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa –ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica–, surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

La pregunta tiene sentido si se acepta que el juez y especialmente la Corte Suprema deben jugar un papel relevante en una sociedad democrática. ¿Qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado liberal y democrático de Derecho, aun aceptando

²² BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*. Citado por NINO, Carlos S., en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 675.

²³ CARRIÓ, Genaro, "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 148. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial y su crítica, véase GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, cap. 2, Barcelona, Ariel, 1996.

la fuerza de la dificultad contramayoritaria? Pienso, siguiendo a Nino, que un primer argumento en favor de una participación activa de los jueces es la de ser “custodios de la autonomía de los individuos”.

El argumento se sustenta sobre el mismo valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discusión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Por otro lado, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los “intersubjetivos” (públicos y sociales), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos, y los “autorreferentes” (privados y personales), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad, y por lo tanto el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. En esto consiste la protección judicial de la autonomía personal. Nótese, de paso, que esta defensa incondicional de la autonomía personal supone una posición *activa* por parte de los jueces, muy lejos de la pretendida *pasividad* que defiende el positivismo formalista, pero también distante del activismo político de los críticos.

El segundo argumento en favor de una participación activa de los jueces es el de que se constituyan en “controladores del mismo procedimiento democrático”. Una concepción dialógica de la democracia en el marco de un liberalismo igualitario maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas; etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *referee* del proceso democrático.

Cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.²⁴

Por las razones anteriores, la independencia del Poder Judicial no debe confundirse con la neutralidad. Ser imparcial e independiente no es abstenerse de cualquier valoración o asumir un punto equidistante entre las partes. No se trata de que los jueces queden libres de presiones extrañas para asumir una actitud aséptica frente a los conflictos. Supone, por el contrario, un activismo en favor de la defensa de la autonomía personal y del proceso de deliberación democrática. El papel de los jueces debe ser el de procurar la desconcentración del poder, indispensable en una democracia liberal, y evitar los abusos del Poder Legislativo (y también del Ejecutivo) en desmedro de los derechos fundamentales. Por esta razón, si en la actividad de los jueces se quiere ver al Derecho en su fuerza aplicativa, vale decir entonces que es también en ellos donde el Estado de Derecho encarna su mayor función dinámica.

Para quien acepte una concepción del Derecho como una práctica social moralmente relevante, es decir, que permita la deliberación democrática y la justifique a partir de principios, valores y derechos fundamentales, la enseñanza del Derecho:

debe entrenar en esa forma particular de deliberar, entendiendo cuestiones básicas de justificación racional, validez moral y balance entre las exigencias de la moral ideal y los límites de la democracia real. Los graduados deberán ser jueces que entiendan los límites que impone la democracia a su trabajo, y que asuman su responsabilidad como custodios de los procedimientos democráticos, de los derechos fundamentales

²⁴ ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Véase NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, pp. 694-695.

y de la práctica social en la que consiste el Derecho, y como abogados deberán asumir su responsabilidad protegiendo la práctica pero acercándola (favoreciendo a su cliente) a la mejor interpretación posible. En fin, los graduados deberán ser los guardianes de la deliberación democrática y de las reglas que la definen.²⁵

He intentado responder en esta plática a los tres cuestionamientos señalados al principio: el qué, el cómo y el para qué del Derecho. He presentado tres concepciones que, de una u otra manera, recogen tradiciones diversas: la positivista formalista, la crítico-realista y la democrática deliberativa. No ha sido mi propósito criticarlas –aunque resulta inevitable manifestar ciertos sesgos preferenciales– sino, más bien, intentar mostrar la íntima relación que existe entre la concepción del Derecho, la forma de enseñarlo y el tipo de egresado al que se dará por resultado.

Las preguntas que quedan pendientes son complicadas y se mueven en ese difícil campo de la política educativa, que supone la elección de alternativas y su impacto en la selección de profesores para integrar la facultad o en la selección de alumnos de acuerdo con el perfil del tipo de egresado que se quiera. No encuentro aquí recetas claras. Con mi sesgo hacia la concepción democrática y deliberativa debo reconocer que la universidad en su conjunto y las facultades de Derecho en particular deberían comprometerse más con la finalidad de fortalecer y promover el debate público y democrático –en los salones de clase, entre los profesores y de ambos con las propias autoridades– y abrirse cada vez más hacia posiciones plurales. Cada día estoy más convencido de la necesidad de integrar una planta de profesores plural –con temáticas y proyectos de investigación compartidos– y poner las condiciones necesarias para lograr perfiles diversos de estudiantes. Estoy consciente de que se requieren esfuerzos notables, pero también estoy seguro de que no hay mejor antídoto para la intolerancia, para los dogmatismos autoritarios y el eclecticismo paralizante, que el pluralismo crítico y el permanente debate de las ideas.

²⁵ BÖHMER, op. cit., p. 14.

Estudios e
investigaciones

La articulación entre enseñanza e investigación del Derecho*

NANCY CARDINAUX**

– Me parece que la verdad, sea como fuere,
es menos terrible que la incertidumbre.

– No, es mejor la incertidumbre..., queda
una esperanza.

CHÉJOV¹

1. ENSEÑAR LA INCERTIDUMBRE

“En la epistemología de Popper son esenciales el error fructífero y la falsabilidad. ¿De qué manera, con qué fines, es posible o viable enseñar la falsedad, impartir el engaño?”, se pregunta Steiner (2005:164, 165), señalando que quienes participaron del célebre seminario de Popper de los martes por la tarde en la London School of Economics recordaban que el maestro no recibía con gusto las intervenciones críticas de sus discípulos. Ésta podría ser una contradicción más de las tantas en las que incurrimos a menudo quienes hacemos de la docencia nuestra profesión, cuando el gesto borra de un plumazo aquello que nuestras palabras intencionan. Pero no es eso lo que nos interesa profundizar aquí sino que partimos de esa pregunta inicial que formula Steiner acerca de

* Publicado originalmente en ORLER, José y Sebastián VARELA (comps.), *Metodología de la investigación científica en el campo del Derecho*, La Plata, Editorial de la Universidad de La Plata, 2008.

** Abogada, Especialista en Sociología Jurídica y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET. Profesora adjunta regular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ CHÉJOV, Antón, *El tío Vania*, Buenos Aires, Losada, 1991, p. 185.

la posibilidad de enseñar la duda, la incertidumbre o bien la afirmación de aquello que se sabe que será falseado a la vuelta de la esquina.²

Desde luego esto no implica conceder sin más que efectivamente los científicos rijan sus acciones por los postulados de la epistemología popperiana. Resulta hoy ya un lugar común sostener, como tantos críticos de Popper lo han fundado, que no hay científico en el mundo que trabaje para probar la falsedad sino que de un modo u otro todos tratan de probar la verdad de sus enunciados o de las teorías a las que adscriben. Sin embargo, es dable preguntarse si la epistemología popperiana puede ser considerada no ya un consuelo apto para ser utilizado cuando las teorías son falseadas en contra de nuestros más denodados esfuerzos para sostenerlas sino como una pedagogía apropiada para formar investigadores en distintas áreas, dejando en suspenso la posible asimetría entre esta pedagogía y la forma de trabajo que efectivamente se lleva a cabo al interior de la comunidad científica.³

Es posible que el primer obstáculo que presente tal pedagogía sea que la duda quede “entrapada” en la necesidad de saber siempre un poco más antes de llegar a plantear una de esas dudas que dan origen a un genuino proceso de investigación. Si es así, acaso la única aplicación que se pueda hacer de esta pedagogía consista en una actividad en la cual el docente conduce a los alumnos a recrear las dudas que otros ya plantearon y resolvieron felizmente. Sería ésta una impostación y tal ha

² Como le dice el padre al director de la obra de Pirandello, “Si nosotros, además de la ilusión, no tenemos otra realidad, corresponde que también usted desconfíe de su realidad, de esta realidad que hoy respira y toca en sí mismo, porque –como la de ayer– ella está destinada a revelársele como ilusión mañana” (2004:211).

³ La actividad pedagógica, al igual que la actividad científica, suelen ser vistas desde el exterior con cierta inocencia. La descripción de Steiner de lo que suele suceder en un laboratorio o un instituto de investigación es similar a lo que muchas veces ocurre en un aula, y las relaciones discipulares en uno u otro campo también tal vez tengan algún inevitable parecido de familia: “Con demasiada frecuencia, el lego se imagina la investigación científica como un centro de concordia olímpica, como una Arcadia de la justicia. El trabajo de equipo en las ciencias, en el laboratorio de un patrono, puede estar lleno de celos, de egoísmos en feroz competencia. ¿Qué nombres figurarán cuando se publiquen los resultados? Esta envidia se ha tornado más aguda conforme la economía del éxito se hace mayor y la financiación más precaria. En casi todas las actividades humanas, el aprendiz se convierte en crítico, denegador o rival de su Maestro” (2005:128).

sido la acusación que muchas veces recibió la mayéutica en su versión más tradicional, en la que el profesor sutilmente produce en el alumno una duda que no es auténtica sino que nace de algunos conocimientos que aquél le proporciona en un orden determinado. El docente sabe algo que el alumno ignora, lo cual por supuesto es condición esencial de la relación educativa, sin que exista una instancia del proceso que no haya sido anticipada. La respuesta está allí, lista para ser descubierta por los alumnos o proporcionada por el docente cuando su planificación determine que es oportuno.

Estas impostaciones suelen asentarse sobre la convicción de que sin pregunta, sin interés por resolver algún problema, no hay aprendizaje.⁴ Aquí debemos pues delimitar el alcance de nuestra indagación al ámbito universitario porque efectivamente los niveles educativos pueden partir aguas y más allá de lo bien dispuestos que estemos a conceder originalidad a la pregunta de cualquier niño, no parece sencillo encontrar una que conmueva el edificio de las ciencias.⁵

Así como los niveles educativos marcan diferencias, también es muy posible que las marquen las distancias generacionales. La función que la duda cumple en la educación así como la disponibilidad a dudar de los sujetos no ha sido siempre la misma. En *Sábado*, de McEwan, el protagonista, Perowne, un neurocirujano de cuarenta y siete años, contrasta su actitud ante el mundo y su capacidad de creer y dudar con las de su hijo adolescente:

Los ataques de septiembre fueron la iniciación de Theo en los asuntos internacionales, el momento en que aceptó que sucesos ajenos a sus amigos, su casa y la música influían en su existencia. A los dieciséis,

⁴ Entre otros conceptos que pretenden atrapar similares contenidos, destacamos aquí el de "curiosidad epistemológica" de Paulo Freire (2006:26), que hace referencia a un proceso de aprendizaje crítico que enciende en el educando una curiosidad creciente.

⁵ Si hay un terreno en el que cuesta ser original es precisamente en el de la duda. Porque cada pregunta que juzgamos nueva rápidamente se revelará repetida hasta el hartazgo. Y cualquier duda supondrá alguna certidumbre. Duda e incertidumbre se confunden en un solo aserto. Dice Herzog, el protagonista de la novela de Bellow: "Prefiero aceptar como motivo, no lo que entiendo perfectamente sino lo que sólo entiendo en parte. Para mí, la absoluta claridad en las explicaciones, es una falsedad" (2004:247).

que era la edad que tenía entonces, parecía una conciencia algo tardía. Perowne, nacido el año antes de la crisis de Suez, demasiado joven para los misiles cubanos, la construcción del muro de Berlín o el asesinato de Kennedy, recuerda haber llorado por Aberfan en el 66, cuando ciento dieciséis colegiales como él, recién terminada la oración conjunta de profesores y alumnos, la víspera de las vacaciones de mitad de trimestre, murieron sepultados por un río de barro. Fue cuando sospechó por primera vez que el Dios amante de los niños al que ensalzaba la directora del colegio quizá no existiese. Como se vio, la mayoría de los acontecimientos mundiales sugería lo mismo. Pero para la generación de Theo, sinceramente descreída, la cuestión aún no se ha planteado. Nadie en su escuela de cristal cilindrado, radiante y progresista, le pidió nunca que rezase o cantara un impenetrable himno de alegría. No hay una entidad de la que pueda dudar. Su iniciación delante de la tele, viendo cómo se derrumbaban las torres, fue intensa, pero se adaptó enseguida (2005:45 y 46).

Queda pues abierto el interrogante acerca de la capacidad de dudar que las generaciones de alumnos que hoy recibimos en las aulas portan. Hecha pues esta aclaración, nos concentraremos en la enseñanza universitaria del Derecho y no sobre la impostación de la duda a la que hicimos referencia antes, porque entendemos que ésta, si bien puede dar lugar a interesantes y fructíferas experiencias, no parece adecuada más que para una clase de simulación. Y no nos interesa indagar aquí las ventajas y desventajas de una técnica en particular sino las de una pedagogía.

2. CINCO ARGUMENTOS A FAVOR DE LA INSERCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Centrado nuestro interés en el ámbito universitario y dentro de él en la enseñanza del Derecho, argumentaremos sobre la conveniencia de implementar esta pedagogía de la duda como una metodología eficaz en la formación de abogados. Para hacerlo construiremos a continuación cinco argumentos que por supuesto reconocen solapamientos y no pretenden agotar las razones que pueden esgrimirse para incorporar destrezas y saberes propios de la investigación científica a las currículas de las facultades de Derecho.

a) **ARGUMENTO REALISTA**

Este primer argumento se basa en una definición realista del Derecho, que requiere la implementación de técnicas de investigaciones aptas para determinarlo. Dice Cueto Rúa refiriéndose a uno de los exponentes más radicales del realismo, Jerome Frank:

El Derecho es comportamiento judicial. Es lo que los jueces deciden en los casos concretos. Los abogados deben procurar la predicción de ese comportamiento. Pero no se trata de anticipar, en la medida de lo posible, cómo interpretarán las normas ni cómo declararán el Derecho aplicable a cada caso, sino de algo mucho más difícil e incierto. Se trata de predecir su actitud ante la prueba y su mérito, y, en su virtud, cuál será la decisión del juez respecto de los “hechos” del caso (1993:13).

Identificado el Derecho como conducta, las tareas que debe llevar a cabo el abogado, sobre todo en orden a lograr la predicción, están ligadas a los patrones de explicación científica. En definitiva, un buen abogado tiene características similares a un buen científico tal cual lo concebimos habitualmente, como formulador de explicaciones y de predicciones que se asientan sobre ellas. Esta definición realista impone pues una enseñanza ligada a la investigación crítica de la enseñanza tradicional, basada en la doctrina jurídica, que se ha preocupado excesivamente por la interpretación de las normas y ha descuidado aquello que origina la mayoría de los pleitos: el desacuerdo, no en torno a las normas aplicables sino a la interpretación de los hechos. Al respecto dice Calamandrei:

Ex facto oritur ius (del hecho surge el derecho) es un viejo aforismo, cauto y honesto, que supone en quien desea juzgar bien, determinar, ante todo, con fidelidad minuciosa, los hechos discutidos. Pero ciertos abogados lo entienden al revés; una vez que han excogitado una brillante teoría jurídica que se presta a virtuosismos de fácil ingenio, ajustan a ella exactamente los hechos, siguiendo las exigencias de la teoría, y así *ex iure oritur factum* (del derecho surge el hecho) (1995:120).

Los hechos son, pues, el centro de una disputa judicial, y el Derecho mismo que surge en boca de los jueces para solucionar esa disputa es un comportamiento. Cuando los realistas piensan la educación legal di-

rigida a abogados no dudan de que la más adecuada es aquella que les permita predecir lo que los jueces decidirán, porque eso es el Derecho. Y al menos desde una concepción positivista científica clásica, la operación que debemos realizar para predecir es explicar; esto significa encontrar las razones por las cuales un juez decidió en un sentido en el pasado. Así, por ejemplo, si descubrimos que un juez o un tribunal decide las cuestiones de familia guiado por determinados criterios religiosos, podremos predecir que en el futuro seguirá haciéndolo. Para llevar a cabo esa predicción será importante el conocimiento que provenga de las ciencias sociales, en tanto nos permitirá determinar los factores psicológicos, económicos y culturales que influyen sobre la decisión de los jueces. Es sin duda una concepción muy particular del Derecho, en tanto todo lo que podemos hacer es predecir conductas, pero el Derecho pierde toda capacidad de operar más allá de la “cultura judicial” en la que están inmersos esos jueces.

b) ARGUMENTO PROFESIONALISTA

Este argumento va en el mismo sentido que el anterior pero es más restringido por cuanto no parte de una definición determinada del Derecho sino que se asienta sobre las similitudes que reconoce la labor del abogado con respecto a la del investigador. Dice una profesora de una novela de Dürrenmatt: “Hay que pensar científicamente, joven, científicamente. Es algo que aún tiene que aprender. Incluso como abogado, mi estimado amigo” (1987:62). Y no solamente se estima que la función del abogado litigante reconoce un parecido de familia con respecto a la del investigador sino que se atribuye la misma similitud a las demás profesiones jurídicas. Así, establece Ferrajoli esta comparación:

“(E)l proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir: precisamente, la carga de la prueba en apoyo de la acusación resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia; el derecho de defensa o refutación está a su vez integrado por el poder de planteamiento de contrahipótesis compatibles con el conjunto de los datos disponibles y capaces de suministrar explicaciones alternativas; y la motivación del juez resulta una justificación adecuada de la condena sólo

si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables” (2000:151/152).

Estas similitudes entre las profesiones jurídicas y la profesión del investigador, que también ha sido relevada por investigadores científicos,⁶ ameritarían que los futuros abogados contaran con los mismos conocimientos y estuvieran dotados de las mismas destrezas que los científicos.

Un subargumento dentro de éste establecería que el proceso judicial, sobre todo en su etapa probatoria, incorpora cada vez mayor caudal de datos provenientes de las ciencias. Y la interpretación y la valoración de estos datos requerirían conocer el proceso a través del cual se han validado. Entendemos que éste es un subargumento porque si bien se puede emplear para incorporar a la currícula de Derecho saberes y destrezas propias de la investigación, esa incorporación tendría como objetivo que los abogados y otros profesionales puedan llevar a cabo una heurística más apropiada y dependan menos del saber pericial visto como un resultado que se ha obtenido a partir de un proceso que se desconoce. Así, por ejemplo, cuando dos informes periciales llegan a distintas conclusiones, quien tenga la capacidad de valorar el proceso a través del cual se produjeron, lo cual incluye a la teoría que lo informa y las prácticas que lo permiten, puede tomar una decisión fundada o argumentar en torno a su valor probatorio.

c) ARGUMENTO INSTITUCIONAL

La enseñanza y la investigación han estado ligadas en la tradición universitaria argentina sobre todo a partir de la reforma universitaria. El problema de cómo se enseñaba a investigar se debatió intensamente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires:

⁶ Samaja, en base a lo establecido por Leibniz sobre las similitudes entre el proceso de investigación judicial y el científico, dice: “Creo –como Leibniz– que los procedimientos científicos son esencialmente análogos (y por razones no casuales) a los que ocurren en la experiencia jurídica” (1993:35).

Para muchos de los dirigentes de aquella institución, el espíritu científico podía transmitirse en las aulas a partir de dos elementos esenciales: por un lado, a través de los cursos de trabajos prácticos, y por otro, mediante los seminarios. Éstos cumplirían con otro objetivo central de la Reforma que consistía en transformar la enseñanza verbalista por otra en la que el alumno se convertiría en el sujeto activo de aquélla. Los estudiantes debían cursar desde entonces obligatoriamente un seminario en cuarto, quinto y sexto año. Estos cursos se aprobaban a través de la presentación de monografías que debían ser defendidas verbalmente. De esta manera se procuraba introducir una modalidad de clase que sustituía el sistema de las tradicionales lecciones magistrales. Estrategias similares se adoptaron en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, en particular durante los últimos años de la década del veinte, cuando Alfredo Palacios ejerció el decanato de la institución (Buchbinder, 2005:125).

A diferencia del argumento anterior, que se basa en una definición del Derecho que requiere un rol específico del abogado, este argumento se asienta sobre una definición del rol de las universidades. Éstas deben producir conocimiento científico en todas las áreas y para ello es preciso antes producir científicos. Los alumnos universitarios son pues potenciales científicos que en lugar de ser percibidos como sujetos pasivos de aprendizaje deben serlo como sujetos activos capaces de aumentar o refutar la masa de conocimientos disponible.

Es éste un argumento que sin duda tiene una presencia preponderante en la formación de profesionales en carreras cuyas incumbencias profesionales están ligadas fundamentalmente a la producción de conocimiento científico. Pero no tiene la misma fuerza en las llamadas carreras “profesionalistas”, entre las cuales la de Derecho suele ser la más importante en términos cuantitativos. De hecho, el presupuesto invertido en investigación en las facultades de Derecho es exiguo así como la proporción de abogados que sigue la carrera de investigador. Esta diferencia entre las distintas carreras que componen las universidades ha generado interesantes debates acerca de la función de las universidades y del tipo de investigación que cada unidad académica puede generar.

En las facultades de Derecho se ha producido fundamentalmente doctrina jurídica, y el modelo de jurista se ha incorporado en las últimas décadas al sistema de investigación sin mayores inconvenientes buro-

cráticos y ha convivido a veces armoniosamente y otras veces en tensión con los investigadores que tienen formación en ciencias sociales y estudian al Derecho en su interacción con la sociedad. Sin embargo, es posible pensar además otros tipos de productos orientados a satisfacer necesidades que sobre todo las facultades de Derecho de universidades públicas deben cumplir. Santos promueve un tipo de investigación-acción que combina acciones de investigación y de extensión y que acaso sería pertinente para repensar la investigación en el área del Derecho:

La investigación-acción consiste en la definición y ejecución participativa de proyectos de investigación involucrando a las comunidades y a las organizaciones sociales populares, en la medida de los problemas cuya solución puede beneficiar los resultados de la investigación. Los intereses sociales están articulados con los intereses científicos de los investigadores y la producción del conocimiento científico se da estrechamente ligada a la satisfacción de necesidades de los grupos sociales que no tienen poder para poner el conocimiento técnico y especializado a su servicio a través de la vía mercantil (2005:56).

Este modelo de investigación-acción y el religamiento de las actividades de investigación y de extensión tal vez permitirían fortalecer el argumento institucional así como dotar a las facultades de Derecho de un perfil de egresado diferente al profesionalista que habitualmente predomina y que no parece orientado al reconocimiento y provisión de derechos, sobre todo de aquellas minorías y sectores fragmentados que no cuentan con vía alguna que los conduzca a imponer sus demandas o efectivizar sus derechos.

d) ARGUMENTO INTEGRACIONISTA

Este argumento es más restringido que el anterior por cuanto meramente enfatiza la integración del Derecho al resto de las ciencias sociales y a la producción del conocimiento científico en general. Se entiende desde esta perspectiva que el Derecho es una ciencia social más y por lo tanto la base formativa de un abogado es idéntica a la de cualquier otro científico social. Queda anulada o menospreciada de esta manera toda especificidad de la carrera de Derecho, pese a que su orientación es deontológica y no fáctica.

Al perfilar el papel del abogado como investigador científico, Soberanes Fernández estipula el alcance que desde su perspectiva tiene el Derecho como ciencia: “Si consideramos a la ciencia jurídica como el conjunto de conceptos, principios e instituciones, generalizados, ordenados y sistematizados en el campo del Derecho, no es posible separar método científico de técnica jurídica; éstos se implican necesariamente, ya que si el método es el camino que nos lleva a lograr los conocimientos científicos, la técnica es el instrumento que persigue el mismo objetivo” (1993:174).

Este argumento minimiza la diferencia que tradicionalmente se ha entendido que existe entre la formación de profesionales del Derecho y la de investigadores. Sin embargo, pese a que muchas veces se hacen escuchar voces que insisten en un núcleo de formación básica para todas las carreras, la de Derecho ha tendido a especializarse y, cuando incorpora contenidos provenientes de las ciencias sociales, suelen hacerlo con cierta extrañeza y otorgando a esos contenidos un carácter periférico. Así lo han señalado los resultados de muchas investigaciones, que dan cuenta de la prescindencia, irrelevancia o marginalidad que desde la perspectiva de los alumnos, docentes y autoridades de las carreras de abogacía tienen los espacios curriculares dedicados a estudios que no se consideran propiamente jurídicos desde una definición restringida acerca de lo que el Derecho es.⁷

Esta polémica es desde luego muy vieja en el campo de discusión acerca de la enseñanza del Derecho. Dice Tau Anzoátegui refiriéndose a los albores del siglo XX:

Con respecto al método de enseñanza, se mantuvo por algunos años una encendida polémica entre los partidarios de hacerlo en torno al Código, aplicando un método exegético, o los que preferían emplear lo que entonces se denominaba método científico, en cuyo caso el estudio debía hacerse en forma más amplia, teniendo en cuenta las demás fuentes del Derecho, la legislación comparada y aun el marco social que envolvía lo jurídico. La primera fórmula fue la observada desde la época de Moreno y la segunda era la sustentada principalmente por los civilistas de la generación de 1910, sobre todo Colmo (1987:131).

⁷ Véase, entre otros: Lista-Brígido (2002) y Cardinaux-González (2003).

Lo que aquí se llama “método científico” da cuenta de una concepción del Derecho que genera contenidos de enseñanza que exceden la ley positiva. Pero más allá de la distancia de lo que se entiende en este texto y en el nuestro por método científico, está claro que en ambos casos remite a un afán integracionista, ya sea porque se relacione a las normas con otras fuentes y con la sociedad que las origina y a la que rigen, como se estipulaba hace más de un siglo, o porque se relacione con otras ciencias sociales que sin lugar a dudas tienen patrones de investigación diferentes.

e) *ARGUMENTO VOCACIONALISTA*

Este argumento se construye sobre el supuesto de que la carrera de Derecho tiene múltiples incumbencias, entre las cuales se cuenta la de investigador científico, y debe ofrecer herramientas básicas para que se puedan desplegar todas esas vocaciones. Es importante destacar aquí que cada vez que una facultad de Derecho pública reforma su plan de estudios se origina un debate en torno al perfil de egresado, y más allá de que algunas han definido sus contornos más precisamente que otras, la mayoría conserva un perfil generalista, que admite que el egresado decida su ingreso al mercado laboral en base a opciones que realiza al exterior de la universidad.⁸

Entre esas opciones se encuentra la del investigador científico, quien, a diferencia de lo que ocurre en otros modelos, no se percibe ya como un científico social que construye un objeto de investigación sociojurídico, sino como un especialista en algún área del Derecho que debe complementar sus estudios con contenidos provenientes de otras áreas para dedicarse a la investigación.

Es difícil establecer si el aislamiento en que muchas veces se encuentran las ciencias sociales que se dictan en las facultades de Derecho con

⁸ “(E)n nuestras facultades, a diferencia de los modelos alemán y norteamericano, no existe una clara delimitación del tipo de rol profesional que están orientadas a formar. Es acaso ésta una indefinición más que contribuye a problematizar la relación entre el Estado y las universidades. Pero esta indefinición también puede ser vista como una asunción de que quienes estudian Derecho no lo hacen buscando insertarse en un rol profesional determinado, sino que están tratando de obtener una ubicación social” (Cardinaux-Clérico, 2005:37).

respecto a sus ciencias madres responde a un afán separatista de la comunidad jurídica combinada con la falta de interés de sociólogos, antropólogos, historiadores, psicólogos por los objetos de investigación jurídica, o si bien ese aislamiento se debe a la especificidad que han logrado desarrollar los estudios sociales del Derecho. Paul Trappe, al prologar un libro de Geiger, dice con respecto a la Sociología del Derecho: "Los propios sociólogos no ven, o desconocen con gusto, los múltiples esfuerzos para iluminar este espacio que –sea dicho francamente– han hecho sobre todo los no sociólogos (los cuales, sin embargo, actuaban frecuentemente como verdaderos sociólogos)" (1983:11).

Si efectivamente la investigación sobre cuestiones jurídicas depende de los abogados, es ésta una buena razón para sostener que la carrera de grado debe incorporar herramientas que permitan que los alumnos conozcan no solamente el estado de la investigación en la disciplina sino proveerlos de herramientas básicas que les permitan desarrollar la profesión de investigador. Quedan, sin embargo, pendientes de resolución algunas cuestiones más puntuales, como la conveniencia o inconveniencia de que los investigadores jurídicos tengan experiencia como operadores jurídicos o el tipo de rol que les asignaría a estos investigadores de cara a los tradicionales juristas, que en general han complementado la profesión de abogado, consultor, juez o político con la académica.

3. LA INSERCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN A LA CURRÍCULA

Si aceptáramos que uno o varios de estos argumentos fundamentan suficientemente la importancia de la inserción de la investigación a la currícula de las carreras de Derecho, restaría determinar cuál es la vía más apta para llevar a cabo tal tarea. Hasta ahora se han seguido dos caminos que pueden ser compatibilizados. El primero es insertar al alumno en tareas de investigación a través de los distintos cursos y seminarios que componen la carrera y en proyectos de investigación en carácter de becarios, aprendices o pasantes. El segundo, más específico, es crear un espacio curricular propio. Esto último es lo que ha sucedido en algunas carreras y en particular en los estudios de posgrado de Derecho,⁹ y

⁹ La incorporación de estos cursos y seminarios a las carreras de posgrado habitualmente está relacionada con la confección del trabajo final de carrera, que consiste en

el formato más empleado ha sido el de los seminarios de investigación o de metodología de la investigación.

La primera vía reconoce una dificultad operativa seria en la conformación de los cuerpos docentes de las facultades de Derecho. Éstos están compuestos mayoritariamente por docentes que no tienen experiencia alguna en investigación y tampoco una dedicación exclusiva a la tarea docente;¹⁰ estas carencias tornarían al menos muy dificultoso que pudieran enseñar contenidos y destrezas que no son propios de sus ejercicios profesionales y a los que tampoco podrían dedicar tiempo para capacitarse por cuanto su ocupación principal no es la docencia sino el ejercicio de otra profesión.

La segunda vía tiene un mayor nivel de implementación pero no contamos con trabajos de investigación que nos permitan tasar su eficacia. El viejo aserto que sostiene que a investigar sólo se aprende investigando contradice las potencialidades de cursos de metodología o seminarios de investigación que impositan esas actividades. Por otra parte, como ya hemos dicho, la escasez de grupos de investigación y de presupuesto en las facultades de Derecho imposibilita que el gran número de alumnos que estas instituciones reciben pueda integrarse efectivamente a los grupos de investigación para llevar a cabo tareas de asistencia a la investigación.

Quedan muchas preguntas abiertas sobre la eficacia de los distintos medios que se pueden implementar para integrar la investigación a la enseñanza de la investigación. En esa decisión pueden pesar los argumentos que elaboramos, sin olvidar que el peso que se le otorgue a cada uno de esos argumentos incidirá sobre las funciones que se espe-

una tesis. Algo similar ocurre con las carreras de pregrado que requieren uno o más trabajos de investigación. Se supone en estos casos que estos trabajos implican una producción de conocimiento y se procura que los alumnos conozcan las reglas que rigen dicho proceso de producción y validación.

¹⁰ De acuerdo a Freire, un educador crítico necesariamente es un investigador: "Hoy se habla, con insistencia, del profesor investigador. En mi opinión lo que hay de investigador en el profesor no es una calidad o una forma de ser o de actuar que se agregue a la de enseñar. La indagación, la búsqueda, la investigación, forman parte de la naturaleza de la práctica docente. Lo que se necesita es que el profesor, en su formación permanente, se perciba y se asuma, por ser profesor, como investigador" (2006:30).

ra que la investigación cumpla en la formación de los abogados. Enfatizamos este punto porque parece haberse instalado cómodamente en el debate académico universitario la afirmación de que es beneficiosa esa incorporación, pero resta discutir cómo, para qué y quiénes son los docentes más aptos para llevar a cabo esa inserción así como su relación con el o los perfiles profesionales que la universidad pretende formar.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLOW, Saul, *Herzog*, Barcelona, DeBolsillo, 2004.
- BUCHBINDER, Pablo, *Historia de las universidades argentinas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2005.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, México, Tribunal, 1995.
- CARDINAUX, Nancy y Laura CLÉRICO, "La formación docente universitaria y su relación con los 'modelos' de formación de abogados", en CARDINAUX, Nancy et al. (coords.), *De cursos y de formaciones docentes*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.
- CARDINAUX, Nancy y Manuela GONZÁLEZ, "El derecho que debe enseñarse", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 2, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2003.
- CUETO RÚA, Julio, "Prólogo", en FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, México, Fontamara, 1993.
- DÜRRENMATT, Friedrich, *Justicia*, Barcelona, Tusquets, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Valladolid, Trotta, 2000.
- FREIRE, Paulo, *Pedagogía de la autonomía. Saberes necesarios para la práctica educativa*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.
- LISTA, Carlos y Ana María BRÍGIDO, *La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima, 2002.
- MCEWAN, Ian, *Sábado*, Barcelona, Anagrama, 2005.
- PIRANDELLO, Luigi, *Seis personajes en busca de autor*, Buenos Aires, Losada, 2004.
- SAMAJA, Juan, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Buenos Aires, Eudeba, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*, Buenos Aires, Laboratorio de Políticas Públicas-Miño y Dávila, 2005.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "El abogado como investigador", en VV. AA., *El papel del abogado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 1993.

STEINER, George, *Lecciones de los maestros*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX y XX)*, Buenos Aires, Perrot, 1987.

TRAPPE, Paul, "Prólogo", en GEIGER, Theodor, *Estudios de Sociología del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

Aprender y enseñar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

MARIO HÉCTOR RESNIK*

I. HISTORIA DE UN TRABAJO Y SUGERENCIAS PARA SU LECTURA

En abril o mayo de 2008, la profesora María Laura Clérico nos pidió a María Alejandra Perícola y a mí, en nuestro carácter de profesores de Teoría del Estado, un trabajo sobre la enseñanza de la materia concebido desde la perspectiva filosófica que encuadraba nuestra visión de esa disciplina.

Circunstancias de diversa índole impidieron que el trabajo se redactase de consuno y por fin sólo fue producto personal del firmante.

El trabajo de recolección de datos y de reflexión que insumió la preparación del artículo demostró la inconmensurabilidad de la tarea propuesta. Por ello, el artículo presentado en esta ocasión bordea, pero no satisface del todo, las exigencias de una publicación académica. Es presuntuoso pero aceptando que se trata de un autor de difícil comparación, invocaré el ejemplo de Ludwig Wittgenstein, incapaz de cumplir las exigencias necesarias para redactar un texto ordenado. Lejos de las profundidades del autor del *Tractatus*, he intentado recolectar algunas ideas acerca del tema propuesto, con la convicción de que se trata de un trabajo preliminar, que requiere mucho pulimento, reordenación y el aporte de todos quienes se decidan a leerlo.

El trabajo se articula en las siguientes partes: se reseñan posiciones acerca de la educación formuladas por conocidos expositores del tema; se sugieren conceptos acerca de la educación desde una perspectiva sistémica; se reseñan aspectos aportados por profesores de Derecho que se desempeñan en diversos ámbitos universitarios de la Argentina y, por fin, se trata de vincular estas cuestiones con rasgos de la historia del sistema político argentino. Se incluyen dos anexos que complemen-

* Profesor asociado regular de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

tan el cuerpo del artículo. El trabajo concluye con una escueta bibliografía sobre estos temas.

II. ALGUNAS POSICIONES SOBRE EDUCACIÓN

Con ánimo meramente informativo, reseñamos algunas posiciones de autores importantes en el tema de la educación¹ en el ámbito de la cultura occidental.

Esos autores son los siguientes.

Dentro del Iluminismo:

- Comenio (1592-1670), de extracción reformista, rompió con la tradición de la escolástica y subrayó la importancia del trabajo y la instrucción como rasgos definitorios del modelo de hombre burgués. La educación debía ser la antesala formadora de las aptitudes de los individuos para hacer.
- Jean-Jacques Rousseau (1712-1788). Es imposible reseñar en pocas palabras el ideario educativo de Rousseau. Pero algunas de sus líneas de pensamiento se dirigen a reivindicar los rasgos naturales de los individuos que el sistema social de su tiempo aplastaba o desconocía; a atender los elementos sensibles de los individuos y a generar la sensación de la riqueza de la libertad humana.
- Johann Heinrich Pestalozzi (1746-1827). Subrayó el poderío de los sentimientos en el camino del aprendizaje, sobre todo en los niños.
- Johann Friedrich Herbart (1776-1841). Organizó la pedagogía como disciplina científica del saber y se afirma que advirtió la importancia de los procesos psicológicos en la enseñanza.
- John Dewey (1859-1952). Sostuvo la existencia de relaciones que unen el proceso de la educación y la democracia; que los alumnos deben estar en condiciones de desarrollar el pensamiento crítico para poder cuestionar las experiencias sociales y encontrarse en condiciones de proponer caminos nuevos para el desarrollo social.²

¹ Sintetizamos al máximo contenidos incluidos en *Grandes pensadores. Historia del pensamiento pedagógico occidental*, un opúsculo editado por la Fundación Víctor Civita, San Pablo, Brasil, y publicado en español en 2005 por Papers Editors, Buenos Aires, 2005. Valida la publicación su directora, la profesora Inés Aguerrondo.

² Es notable que en la reseña que utilizamos se omite el nombre de William James, uno de los padres del pragmatismo norteamericano y del pensamiento de John Dewey. En

- María Montessori (1870-1952). Fue médica y enfocó sus pensamientos sobre la personalidad de los niños. Creía en el potencial autoeducativo que los niños aportan al proceso de la educación. Va de suyo que ese concepto se puede extrapolar para los adultos.
- Ovide Decroly (1871-1932). Su pensamiento reviste importancia para una aproximación sistémica al proceso de educación. En su visión los educandos “aprehenden el mundo sobre la base de una visión del todo, que posteriormente puede organizarse en partes, es decir que va del caos al orden” (ob. cit., p. 61). Este autor, a diferencia de Montessori –que concebía la educación como un proceso individual–, prefería la enseñanza en grupos, por considerar “que la escuela debía prepararlos (a los alumnos) para convivir en sociedad” (ob. cit., p. 62). Dedicó una particular atención al lenguaje, otra anticipación a conceptos básicos de la Teoría General de Sistemas y a la visión conversacional del sistema social humano.
- Alexander S. Neill (1883-1973). Era partidario de una educación en libertad, a partir de las ideas de Rousseau (1712-1778), Sigmund Freud (1856-1939) y Wilhelm Reich (1897-1957). “De acuerdo con Neill, la educación debía trabajar básicamente con la dimensión emocional del alumno, para que la sensibilidad sobrepasara siempre la racionalidad” (p. 67). Transcribo un pensamiento con el que me identifico: “Los creadores aprenden lo que desean aprender. No sabemos cuánta libertad de creación matan las salas de clase”.³
- Carl Rogers (1902-1987). Es uno de los pensadores con mayor gravitación en las formulaciones teóricas en pedagogía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Su pensamiento fue introducido en esta Casa por el profesor Enrique Mariscal en 1972, en seminarios de la carrera docente entonces vigente en esa

la bibliografía se cita uno de los trabajos de James relacionado con el proceso educativo en general y con la convivencia dentro de las aulas en particular.

³ Este tema se corrobora cada vez que un docente interroga a una clase acerca de alguna cuestión sencilla. El primer reflejo del alumno promedio consiste –como nos pasaba a nosotros cuando estudiábamos– en recurrir a un esquema que se le haya enseñado y a desechar formas intuitivas o sencillas de razonamiento. Siempre creí, y lo digo en forma pública, que la enseñanza formal que predomina entre nosotros representa la muerte de la imaginación. A más de la muerte de la imaginación concluye por matar la sensibilidad y la afectividad.

casa. Su pensamiento tiene una gravitación importante en mi propio pensamiento. “Su atención recayó sobre la relación alumno-profesor, que debía ser impregnada de confianza y destituida de nociones de jerarquía. Instituciones como evaluación, recompensa y punición estaban completamente excluidas, excepto en la forma de autoevaluación.⁴ Aunque anticonvencional, la pedagogía rogeriana no significa abandonar los alumnos a sí mismos sino dar apoyo para que caminen solos” (ob. cit., p. 80).

- Jean Piaget (1896-1980). Su pensamiento reviste particular importancia para el enfoque que se adopta en este trabajo. Aunque buena parte de la pedagogía del siglo XX lleva el sello del pensamiento de Piaget, conviene recordar que su formación y mucho de su trabajo son los propios de un biólogo. En este sentido también debe tenerse presente que en tanto científico adoptó el punto de vista propio de la Teoría General de Sistemas. En consonancia con ello debe recordarse que es uno de los padres del constructivismo, pero también que es uno de los autores que enfatizó el concepto de “complejidad” y que tuvo en cuenta los presupuestos biológicos del proceso de enseñanza-aprendizaje.
- Paulo Freire (1921-1997). Habré de transcribir: “Freire criticaba la idea de que enseñar es transmitir saber, porque para él la misión del profesor es posibilitar la creación o producción de conocimientos. Pero no se dejaba engañar por la concepción de que el alumno precisa sólo que le sean facilitadas las condiciones para el autoaprendizaje. Freire preveía para el profesor un papel directivo e informativo, por lo tanto no puede renunciar a ejercer autoridad. Según el pensador pernambucano el profesional de la educación debe hacer que los alumnos conozcan contenidos, pero no como

⁴ Recuérdese que el gran maestro de la medicina argentina Florencio Escardó, a cuya memoria no termina de hacerse justicia, utilizaba la autoevaluación en relación con sus discípulos. Debo señalar que la autoevaluación es método harto difícil de aplicar y requiere un grado importante de equilibrio emocional en los docentes y los alumnos. Dejo constancia de que utilicé la autoevaluación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires entre los años 1973 y 1975, en la materia Introducción a las Ciencias Sociales, durante un período conflictivo de la institución universitaria, que no ha merecido el detenido estudio que creo merece (aun sí, como sucede en mi caso, se es crítico profundo de aquella experiencia).

verdades absolutas. Decía que ‘nadie enseña a nadie’, pero que ‘las personas tampoco aprenden solas’ (ob. cit., p. 135). Freire creía que los alumnos llegan al aula ‘con una cultura que no es mejor ni peor que la del profesor. En una sala de clase los dos aprenden juntos, uno con el otro, y para eso es necesario que las relaciones sean afectivas y democráticas, que garanticen a todos la posibilidad de expresarse’” (ob. cit., p. 135).

- Lawrence Stenhouse (1926-1982). Subraya “la necesidad de utilizar la investigación como recurso didáctico” (ob. cit., p. 140). Para este autor, “todo profesor debía asumir el papel de aprendiz (...) Quien más precisa aprender es aquel que enseña. Cuando el profesor está abierto a aprender en forma continua, deja de comportarse como dueño del saber” (ibídem).
- Emilia Ferreiro (n. 1936). Puso “en cuestión los métodos tradicionales de enseñanza de lectura y de la escritura”. Fue colaboradora de Jean Piaget. Sus aportes son significativos desde que los alumnos universitarios han sido considerados como extranjeros en relación con las formas de adquirir conocimientos y expresarlos en la vida universitaria. Hay autores que han sostenido que los alumnos de las aulas superiores deben ser alfabetizados, para encontrarse en condiciones de captar los sentidos que se utilizan en ese nivel de la enseñanza.

III. REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO DE APRENDIZAJE Y ENSEÑANZA

Esta parte del trabajo se originó en la invitación que el doctor Alberto Dalla Via, en su carácter de presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, hizo al autor para participar de un coloquio realizado el 24 de octubre de 2008 en la Universidad de San Andrés, en torno de la enseñanza del Derecho Constitucional en las aulas universitarias argentinas.

Esa invitación obligó a condensar por escrito algunas reflexiones acerca de la cuestión. Las reflexiones escritas fueron enriquecidas por las opiniones que volcaron en el coloquio sus participantes. Éstos representaban varias facultades, de lugares diferentes y visiones particu-

lares: la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de Tucumán, la Universidad Nacional del Nordeste, la Universidad de San Andrés, la Universidad Católica Argentina, la Universidad Austral y la Universidad Argentina de la Empresa.

A continuación se podrá leer una versión algo ampliada del guión de la participación del autor en ese coloquio. Sólo se trata de un ensayo y podría ser ampliada en su contenido, enriquecida por una mención circunstanciada de sus fuentes y, por supuesto, corregida por las observaciones que pudiera merecer por parte de sus eventuales lectores.

1. *LA IMPORTANCIA DE UN COLOQUIO SOBRE APRENDIZAJE Y ENSEÑANZA*

Los docentes, al menos los de la Facultad de Derecho, hablan poco de sus experiencias como tales. No abundan los espacios donde hacerlo ni los interlocutores dispuestos a escuchar del tema.

En verdad, en el orden institucional, existe el Departamento de Formación Docente. Pero creo que las actividades que allí se desarrollan apuntan a instruir a los miembros de la carrera docente en aspectos didácticos, en cursos a cargo, por lo general, de expertos en disciplinas no jurídicas.

Con lo dicho no se pretende reclamar que sólo abogados instruyan a los integrantes de la carrera docente. Sólo se trata de sugerir que sería conveniente que la capacitación docente fuera el producto de la interacción de expertos en docencia y de conocedores de las materias específicas que forman la currícula de las carreras que se cursan en la Facultad de Derecho.

2. *UN RASGO DEL DISCURSO DOCENTE*

Es sabido que los discursos humanos están condicionados por el ámbito en que se desarrollan y los interlocutores con los que se actúa. Lo explica la teoría de la comunicación humana y lo había visto con claridad en el mundo de la literatura Luigi Pirandello.⁵

⁵ El lector habrá de advertir que citaré autores de procedencias muy diversas, y no todos ellos del campo de las ciencias. Una de las cuestiones que surgió en el coloquio se relacionó con la inclusión en las actividades docentes clásicas de otras relacionadas con las artes. El concepto fue ratificado por el rector de la universidad anfitriona,

La experiencia le dice al autor que una parte sustanciosa del discurso de los docentes fuera del aula es quejoso. Los docentes se quejan de la institución, de los colegas, del personal administrativo, de su propia actividad y, sobre todo, se quejan de los alumnos.

Esta quejiosidad no es nueva. Hace décadas también se escuchaba en los mismos recintos en los que resuena ahora.

Las quejas centradas en los alumnos apuntan a subrayar que éstos, cada cuatrimestre, ostentan menor calidad intelectual. No sólo no saben, sino que además se pretenden escabullir de sus deberes como alumnos estudiando lo menos posible. Por añadidura, no poseen las destrezas de escritura, lectura, comprensión de textos y expresión oral que los docentes creemos deberían tener.

Esos enjuiciamientos no se alejan de lo que se experimenta en la relación con los alumnos.

Los alumnos que conocemos en estos días tienen dificultades para leer y comprender los textos y no han cultivado la expresión ni oral ni escrita.

Por momentos, creemos que el lenguaje humano se ha degradado. Lo que sí es seguro es que los docentes creemos que los alumnos escriben y leen por debajo de lo que sería deseable.

A propósito de esta cuestión se deberían introducir algunos elementos de reflexión que nos permitiesen comprender mejor la situación.

En primer lugar, habría que estar en guardia con el condicionante de las imágenes engañosas del pasado.

Cuando éramos alumnos los docentes que hoy nos quejamos –y me incluyo– de los alumnos que no leen libros ni diarios ni dominan la pluma, ¿había alumnos que cultivaban la lectura y ostentaban una calidad literaria importante?

doctor Carlos Rosenkrantz, y fue abonado por el doctor Santiago Legarre, de la Universidad Austral. El autor de estas líneas también considera que lo artístico puede formar parte de la actividad docente, pero a condición de tener claro los límites de esa intromisión y cuál puede ser la finalidad de introducirse en esa suerte de contaminación con el discurso central del grupo “clase de estudios”. Adelanto que esas actividades deben estar al servicio del objetivo docente que consiste en dirigir la actividad hacia la creación del clima que permita potenciar las capacidades de los alumnos y de los docentes en la interacción del aula.

Debemos reconocer que ese pasado no era igual a este presente. Pero tampoco era tan brillante. Los lectores de libros no jurídicos eran minoría y la gran fuente del conocimiento para aprobar las materias eran los llamados “apuntes”. Los había para todas las materias.⁶ Los libros que circulaban por lo general eran manuales y los tratados se reservaban para los ilustrados.

Sí debe recordarse que en la década del 60 la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires contaba con una librería del Centro de estudiantes que ofrecía en sus anaqueles libros de contenido extrajurídico y de divulgación sobre temas que no se ceñían a los temas de estudio. Pero ese dato no debería llevarnos a creer que los estudiantes promedio de la facultad derrochaban parte de su tiempo en escarceos de lectura. Ya por la década del 60 podía decirse con justicia de los estudiantes de Derecho que leían menos de lo que podía considerarse deseable.⁷

Por lo expuesto, parecería una exageración pretender que los estudiantes actuales de Derecho lean; que hagan ahora lo que tampoco hacían sus predecesores en las aulas.

⁶ Eran ejemplares los debidos a “Torres Neuquén”. El autor, que era aficionado a estudiar con libros de autores identificables, también recurrió a Torres Neuquén, cuando debió rendir una materia con cierta urgencia. El recurso a los apuntes se justificaba por la falta de material didáctico genuino. En este contexto, “genuino” quiere significar: material informativo más o menos completo y adecuado a los cánones de esa institución todavía existente que se denominaba “la cátedra”. Esta denominación encubría la autoridad del titular. Por lo demás, se suponía que los apuntes contenían los “chimentos” que se preguntaban en los exámenes, que no se encontraban en los libros y que, a la postre, eran determinantes a la hora de aprobar o no la materia. Los apuntes también suplían la carencia de textos producidos por los profesores para sus propias materias. Esos textos eran una ayuda para los estudiantes, un testimonio del estado de la rama del conocimiento que explicaban y del compromiso del profesor con su materia.

⁷ Debería recordarse que en *El mal metafísico*, novela de Manuel Gálvez, se hacía referencia a la escasa vocación lectora de los estudiantes de Derecho, en las primeras décadas del siglo XX. Suponer que los estudiantes de Derecho deberían ser aficionados a la lectura literaria es una consecuencia de la confusión que era común en mi juventud -1950/1960-, cuando se sostenía que los estudiantes de Derecho estaban obligados a “leer mucho” (de materias jurídicas). Pero ese juicio no implicaba que también deberían leer acerca de otros temas.

3. LOS SUPUESTOS DEL DISCURSO DE LA QUEJA DOCENTE

En este momento de reflexión, me detengo en los elementos subyacentes en estos discursos docentes. Algunos de esos elementos emergieron durante el desarrollo del coloquio que motiva estos desarrollos.

Sin particularizar en ninguno de ellos, se podrían reconocer, entre otros, los siguientes elementos:

- Papel de las facultades de Derecho en el sistema social actual.
- Peso de la tradición en las actuales facultades de Derecho.
- Relaciones entre las ideologías sociales predominantes y las orientaciones de las facultades de Derecho.
- Estratificación social y facultades de Derecho.
- Diferencias entre universidades públicas y universidades privadas.
- Régimen laboral de los docentes.
- Régimen laboral de los alumnos.
- Población estudiantil de las universidades.
- Peso de la memoria en la conciencia de los docentes (hasta el punto de plantearse la reforma del Código Civil de 1968, pese a tratarse de un coloquio sobre la enseñanza del Derecho Constitucional).
- Papel de los conocimientos artísticos en el desarrollo de las funciones docentes.
- Supuestos sobre la mejor forma de desarrollar las tareas de aprendizaje y docencia.

Sí podría afirmarse que en esos discursos subyacen, a la vez, muchos supuestos que no salen del nivel de lo presupuesto y no expresado, sea por decisión del emisor, sea por desconocimiento del emisor.⁸

⁸ La profesora Telma Barreiro ha expresado una idea análoga en referencia a la tarea de aprendizaje, recurriendo a la figura del *iceberg*. El discurso del aula, esto es, la conversación captada empíricamente, muestra y vive de lo que tiene oculto. Telma Barreiro denomina a lo oculto los “supuestos subyacentes”. Desde otro punto de vista, el fenómeno fue descrito en la ventana de Joari, en vinculación con la psicología grupal. El funcionamiento en un grupo de una persona depende de lo que la persona exhiba como conducta, de lo que los demás perciban de esa conducta y le devuelvan como espejo al actor; de los datos personales que el sujeto conoce de sí mismo y no cree oportuno divulgar, que reserva para su fuero íntimo y, por fin, de los datos que le son desconocidos al sujeto. En esa perspectiva es exacto afirmar que los docentes no conocemos las razones profundas que nos han conducido a incorporarnos a la falange de docentes.

Una de las participantes del coloquio, por ejemplo, afirmó que se dedicaba a la docencia “porque le gustaba”. Quedaba por conocer las razones por las cuales “le gustaba” dedicarse a esa actividad, tan llena de amarguras según el discurso predominante en ese coloquio.⁹ Esta participante también hizo saber a los presentes que carecía de vocación por el ejercicio judicial de la abogacía. Es un aspecto del discurso de quienes profesan la enseñanza en disciplinas del Derecho Público o de la teoría general del Derecho.¹⁰

No menos importante para la elucidación de estas cuestiones son las ideologías subyacentes en cualquier discurso, incluido el de las ciencias sociales.

Me parece que cuando se habla de la enseñanza de la abogacía –dando por supuesto que es posible empíricamente realizar esa enseñanza– casi de inmediato se ingresa en el mundo de los valores sociales e ideológicos de los expositores.

La profesión de abogado, al menos en las versiones tradicionales, se vincula de manera directa con el ejercicio del poder social coercitivo. Los abogados son considerados peritos en el conocimiento del orden jurídico; auxiliares de la justicia: agentes privilegiados en la custodia de la legalidad; asesores de empresas y de corporaciones de trabajadores; incursionan de manera cómoda en el periodismo escrito; son políticos predominantes en los órganos legislativos y ejecutivos de todos los niveles institucionales y tantas otras cosas que se pudieran sumar a ese listado.

No era habitual –y no lo es todavía hoy– relacionar la profesión del abogado con las ideas de cambio social. Pero esto no fue siempre

⁹ Recuérdese que para el ilustre pensador norteamericano John Dewey, el trabajo docente implicaba un enfrentamiento entre el docente y los alumnos. Habrá que hacer referencia a uno de los elementos definitorios del proceso educativo, la asimetría que vincula a los docentes con los alumnos. Esa asimetría del vínculo docente-alumno es un obstáculo contra la ideología de la democratización del proceso educativo.

¹⁰ Todo dicho sin perjuicio de que la diferencia entre Derecho Público y Privado no es ontológica, sino que resulta de una mera clasificación y consecuente simplificación de la materia jurídica. Por ello, fue atinente el comentario de un participante del coloquio, al interrogarse acerca de si las reflexiones que se escuchaban sólo se relacionaban con el Derecho Constitucional, sin que se advirtiera la factibilidad de extenderlas a cualquier rama del Derecho positivo.

así. Un gran promotor del cambio político en la Argentina ejercía la profesión de abogado: tal el caso de Mariano Moreno. Y en ese prédica y acción de los cambios revolucionarios fue acompañado por otros abogados: Manuel Belgrano, Juan José Castelli, Juan José Paso.¹¹

En nuestros días, una de las cuestiones que se plantean en torno de la enseñanza del derecho consiste en pensar: abogados, ¿para qué?

Durante muchas décadas parecía claro que los abogados se adiestraban para ser asesores y patrocinantes de partes o bien para adquirir conocimientos con vistas a integrar la administración de justicia. Eso, en un sistema social integrado por el ordenamiento constitucional propio del liberalismo político y por una economía presidida por principios propios del liberalismo económico (o del liberismo, para decirlo con palabras de Benedetto Croce), dentro de un ordenamiento económico internacional que operaba con dos principios básicos: el libre cambio y el patrón oro.

El encuadre del estudio del derecho y el aprendizaje de abogados se hizo más complejo cuando la sociedad se transformó. La sociedad estratificada con rigor, que distinguía entre nativos y migrantes; entre poseedores y servidores de aquéllos; entre decisores políticos y personas cuyas voces no se computaban a la hora de adoptar las grandes decisiones colectivas, entró en crisis a finales del siglo XIX y principios del XX.

Con dificultades las facultades de Derecho se fueron adecuando a las nuevas realidades sociales. Y así aparecieron algunas materias nuevas, tales como el Derecho Político o el Derecho del Trabajo.

En estos momentos, las nuevas facultades de Derecho, sobre todo las de matriz privada, enfocan sus intereses hacia la formación de abogados que ejerzan la abogacía de las grandes empresas, con modalidades propias de la enseñanza de la profesión en los Estados Unidos, vinculando el ejercicio de la abogacía con transacciones económicas importantes.

En ese tema radica un desafío para las facultades de Derecho del ámbito público. Sin descuidar la actualización de las posibilidades de

¹¹ A título de curiosidad, es dable apreciar que otras profesiones que se vinculan con aspectos más íntimos de las personas, como la medicina, han dado pocos políticos a la Argentina. Y que profesionales del ejercicio de la violencia, como es el caso de los militares, proporcionaron a la práctica política un líder popular, como fue el caso del teniente general Juan Domingo Perón. Curiosidades de la historia política de los pueblos.

ejercicio de la abogacía en el mundo globalizado y conformado de acuerdo con los moldes que el sistema capitalista nos dé, la facultad pública debería profundizar el nivel de los conocimientos que puedan abrevarse en sus claustros y subrayar el papel público que los abogados puedan cumplir en sociedades como las nuestras, enfatizando el compromiso con las instituciones constitucionales, con la ética pública y la necesidad de plantear las bases de una sociedad en la que se garantice la vigencia de los derechos individuales, el acceso efectivo a la justicia y el derecho a un proceso equitativo.

4. *LOS SUPUESTOS METODOLÓGICOS*

Dejo de lado las consideraciones políticas, ideológicas, que se han formulado.

Paso ahora a considerar cuestiones metodológicas que acaso coadyuven a la comprensión de estas cuestiones y, en el mejor de los casos, a esclarecerlas.

Me parece conveniente dejar en claro cuál es el modelo de conocimiento que subyace en cada una de las concepciones que se expongan.

Si me dejara conducir por lo que se expresó en el coloquio que disparó estas páginas, podría decirse que estuvieron ausentes las cuestiones de la metodología del conocimiento y de las técnicas didácticas que deberían sustentar todas estas reflexiones.

En el fondo, las preguntas –y los cuestionamientos– que faltaron versan sobre nuestra visión del mundo y nuestra concepción acerca de la naturaleza humana. Planteadas esas dos cuestiones, y en lo posible, aclaradas, todo otro tema será la derivación de ellas.

En lo personal, desde hace muchos años, postulo que un instrumento útil para el conocimiento y comprensión del mundo es la Teoría General de Sistemas. Además de los temas que encuentran un cauce favorable dentro de esa teoría, sostengo que es la teoría de nuestro tiempo y la que permite el más fructuoso intercambio de conocimientos entre todas las disciplinas que contribuyen al conocimiento humano.

Es fácil advertir que se trata de una teoría de nuestro tiempo cuando se repara en que es la teoría inserta en la informática, en la globalización y en las teorías de la comunicación humana. Con la ventaja adicional

de que no se trata de una teoría restrictiva, ya que bajo su protección se pueden cobijar todas las disciplinas conocidas del saber y de la práctica, y no rechaza recurrir a los modelos verbales para comprender fragmentos de los sistemas sociales, sin abdicar de la pretensión de cientificidad.¹²

Rescato de la Teoría General de Sistemas algunos elementos que podrían ser útiles para estudiar las cuestiones atinentes a la enseñanza del derecho en la Argentina del siglo XXI.

5. *ALGUNOS ELEMENTOS DE LA VISIÓN SISTÉMICA DEL MUNDO*

Una visión sistémica del mundo –o de cualquiera de los subsistemas que lo integran– debe incluir los siguientes elementos (o características definitorias de un sistema):

- complejidad;
- ambiente;
- intervinculación mutua y permanente entre el sistema y su ambiente;
- sistema de comunicaciones permanentes entre los elementos que componen el sistema y con el ambiente;
- causalidad circular, mutua e interdependiente de los elementos del sistema entre sí y del sistema con el ambiente;
- realimentación de las comunicaciones entre sí;
- la caja negra;
- válvulas de seguridad del sistema;
- equilibrio inestable del sistema;
- perturbaciones del sistema;
- autopoiesis;
- ontogenia;
- epigénesis;
- holon.

¹² He dicho y repetido que por muchos años se nos dijo –y lo creímos– que sólo podían aspirar al nivel de la ciencia “verdadera” los modelos matemáticos y los conocimientos mensurables. Al tomar conocimiento de la Teoría General de Sistemas pudimos ver que es legítima la construcción de modelos verbales y que el conocimiento social está lejos de agotarse en el conocimiento traducible a valores numéricos.

Para la Teoría General de Sistemas es definitorio que su visión sea aplicable para cualquier complejo de elementos.

En consecuencia, se habrán de encontrar en cualquier sistema educativo todos los elementos que caracterizan al concepto de “sistema”.

Se ejemplificará lo dicho de manera somera.

Parto del elemento “aula en acción”. Esto significa que se piensa en un aula en la que se percibe el fenómeno que por lo general se denomina “clase”. Para el desarrollo de una clase se requiere una institución que le dé alojamiento físico y significado institucional a lo que suceda en esa aula; un grupo de individuos, que puedan distinguirse según su ubicación en el sistema organizacional que le da marco como alumnos y como docentes. Las normas o reglas de la institución definen unas y otras funciones y contribuyen a definir las reglas de convivencia entre esos individuos.¹³

El fenómeno del aula es complejo; la tentación es la de decir que se trata de un fenómeno muy complejo. No sólo participa de la situación un número variable pero considerable de individuos, sino que habita en ese complejo de individualidades diferentes tipos de personalidades, de historiales individuales y de expectativas por las tareas que se desarrollan en las aulas. A ello se le deben sumar las diferencias de rangos entre los individuos, así como la diversidad de funciones. De unos se espera que adquieran conocimientos; de otros, que los impartan (al menos en la versión tradicional). En la visión del autor de estas páginas, que contribuyan a generar o construir un ambiente propicio para la adquisición de conocimientos o de destrezas apropiadas entre el universo de los alumnos.

Si se considera el sistema del aula desde un punto de vista macroscópico, el funcionamiento del sistema está condicionado de manera importante por el ambiente que lo rodea: el que le da la sociedad en general, el que le da la universidad y el que le da la facultad. Ésta es una afirmación que se sostiene recurriendo a la experiencia: cada país genera sus modelos de universidades; cada universidad moldea a sus faculta-

¹³ Es sencillo comprender que todas esas definiciones variarían en el caso de que se hiciesen referencias a nuevas tecnologías de la enseñanza (a distancia, el llamado *e-learning* u otras).

des; cada facultad condiciona a sus miembros, en tanto integrantes de lo que a veces se llama “comunidad educativa”.

La ontogenia del sistema es la que encamina a éste hacia su modelo comunicacional. En épocas anteriores a las actuales, los modelos de trabajo en las aulas –en lo que se incluyen los modelos comunicacionales– reforzaban algunas creencias centrales. Los profesores se colocaban en una situación tal que se reforzaba la asimetría que poseían en relación con los alumnos. Eran una figura de autoridad tanto por lo científico como por las actitudes. No era habitual ni normal que los alumnos viesan favorecidos sus intentos de llegar en diálogo hasta los docentes. Los ejemplos de docentes charlando con alumnos, en momentos como la década de 1960, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, era un fenómeno llamativo.¹⁴

La ontogenia del sistema global conduce a percibir al refuerzo de la autoridad como un recurso del sistema para mantener el equilibrio inestable que lo singulariza. Pero hay bolsones dentro del sistema global en los cuales la ontogenia del sistema es corregida por una epigénesis transgresora. En este sentido, las epigénesis diferenciales pueden provenir de las llamadas “cátedras” o de la acción de profesores de cada una de las comisiones. En la década del 70, la Facultad de Derecho de la UBA pretendió variar la enseñanza del derecho mediante la introducción del conocimiento y de la práctica de las dinámicas grupales. Este esfuerzo tuvo algunos frutos. Pero, al implicar y exigir un grado elevado de compromiso con la función docente y entre los coprotagonistas de la función docente, esos intentos se fueron diluyendo lenta pero seguramente. Algunos docentes han creído que la verdad de la transformación de aquella ontogenia pasaba por la introducción del llamado “método de los casos”, que ya había postulado Alfredo L. Palacios en la Universidad Nacional de La Plata, en la década del 10, con inspiración en la práctica del seminario propia de las universidades alemanas. En nuestros días, la introducción del método de los casos se registra por el influjo de la educación jurídica de los Estados Unidos y con la aparente intención de convertir en he-

¹⁴ Ejemplos de profesores que el autor vio hablando con alumnos fuera de la recepción de exámenes o de exponer en una clase: Carlos Sánchez Viamonte, Ambrosio L. Gioja. Es posible que también haya sido “dialoguista” Luis Jiménez de Asúa. Carlos S. Fayt, por su parte, practicaba el diálogo con los concurrentes a sus clases libres.

gemónica la visión de los abogados como litigantes y hacedores del Derecho.¹⁵ Puedo dar testimonio de que practicar la enseñanza mediante el método de los casos no es equivalente a mejorar el clima de aprendizaje que es, a mi juicio, uno de los supremos valores que deberían vivirse en la experiencia del aprendizaje de cualquier disciplina, incluida la del Derecho.

Es casi un truismo considerar que el trabajo que se realiza en las aulas implica un ejercicio continuo de la comunicación humana, sea cual fuere el significado que se atribuya al término comunicación.¹⁶ Una manera adecuada de concebir las funciones docentes es considerarlas como la generación (y recepción) permanente de mensajes con los alumnos.

Debe recordarse un axioma de la teoría de la comunicación: nadie, dentro de un sistema, puede dejar de comunicar. Y no deja de comunicar aun en el silencio. Este dato es fundamental para quienes desempeñen funciones docentes. Éstos deben encontrarse en condiciones de captar el sentido de los silencios. Hay silencios que nacen del profundo interés que puede suscitarse en el grupo-aula como consecuencia de los temas que se traten y de la intensidad emocional del mensaje.¹⁷

¹⁵ La pregunta que cabe formularse es indagar las razones por las que no se toma en cuenta que los abogados también pueden desempeñar otras funciones, tales como las de asesorar (y no sólo a empresas o corporaciones, sino también a organismos públicos o a formaciones sociales no estatales y no necesariamente enroladas en la filosofía de la economía pura de mercado); o las de legislar; o las de desempeñarse en la administración de justicia; o en la de publicista y en cualquier otra función que pudiese imaginar vinculada con el saber humano.

¹⁶ La obra canónica en la materia, desde el punto de vista de la Teoría General de Sistemas, adoptada por el autor de estas páginas, es la *Teoría de la comunicación humana* de Paul Watzlawick y otros, en la línea de pensamiento que estatuyó Gregory Bateson.

¹⁷ Ese silencioso interés nace de la forma en que se emita el mensaje. Los mensajes que se inspiran en experiencias vitales suscitan un interés entrañable en los receptores del mensaje, cosa que no sucede cuando los mensajes se restringen de manera exclusiva a las zonas racionales de la palabra docente. Al docente altamente intelectualizado se lo puede recordar, respetar y hasta admirar; al docente que coloca su mensaje dentro de una carnadura vital se lo puede admirar y amar. Éstos son los pocos que alcanzan la dimensión del maestro. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, para mi generación, alcanzaron la dimensión de lo magistral Luis Jiménez de Asúa y Ambrosio L. Gioja. Creo que se trata de modelos irrepetibles. Eran sabios en sus disciplinas y se comprometieron en una ética de la vida pública que sostuvieron hasta la muerte. La dirección de la Facultad de Derecho de su tiempo maltrató a ambos.

La causalidad circular es fácil de experimentar. Los docentes solemos quejarnos de los alumnos. Por lo general, nunca alcanzan la altura que discursivamente pretendemos que ocupen. Los profesores suelen acudir a las clases con pesar y, como es su natural consecuencia, con aburrimiento.¹⁸ Si ésta es la situación de manera recurrente, ese docente debería interrumpir su función docente para retornar a ella cuando recuperase la alegría creativa. Quiero significar que dada la circularidad de la causalidad dentro del sistema, y de la permanente realimentación de los mensajes, no es posible pensar que el aburrimiento del docente no sea transmitido y captado por el subsector de alumnos del sistema-aula y que a su vez genere un tedio todavía mayor.

También cabe experimentar la experiencia inversa. El docente que llega en estado de decaimiento al grupo escolar; se permite transmitirlo al grupo y al rato recibe las energías positivas de los alumnos y revierte su estado anímico.

Los docentes, en cuanto líderes de los grupos de aprendizaje, deben estar conscientes de que más allá de los condicionamientos que el sistema-ambiente impone al sistema operativo (la institución universitaria a las funciones-aulas), se encuentran (los docentes) en condiciones de generar una autopoiesis, una autogeneración de energías positivas, de mejores comunicaciones y de mayor creatividad dentro del aula.

Aquí es cuando debe repararse en que la función docente es inseparable de la función vida. La sola experiencia nos muestra que la función docente se desarrolla de maneras muy diversas. La misma experiencia

¹⁸ Un profesor me confió en que firma la asistencia a las clases, abre la sesión y abandona el aula en manos de sus ayudantes, para regresar antes de terminar la hora. Lo hace, me dijo, porque está aburrido de dar clases. Quien confiesa ese aburrimiento está diciendo que todas sus clases son iguales. Y allí radica parte de la cuestión; nunca una clase puede ser igual a otra, aun cuando los contenidos sean los mismos. Y ello porque no hay dos grupos de alumnos iguales y ni siquiera el mismo grupo es idéntico a sí mismo en dos momentos diferentes. Tampoco el docente es el mismo en dos momentos distintos del tiempo. Es precisamente al docente, como válvula de seguridad del sistema y como una de las garantías del mantenimiento del equilibrio inestable del sistema, a quien cabe exigir un diagnóstico permanente del estado del aula, a captar los mensajes implícitos en el grupo de aprendizaje y a adoptar las actitudes que sean menester para que el aula recupere su vitalidad.

nos ha hecho saber que hay más de una manera de realizar ese trabajo, según cómo se decida o se acuerde que sea.

Basta con reparar en las maneras en que se dicta la clase. Sentado detrás de un escritorio, sobre una tarima, caminando, mezclado entre los alumnos, parado, escribiendo en el pizarrón o no escribiendo nada, con cañón y filminas o con consignas que se reparten entre los alumnos; como si hubiese una sabiduría que se derramase desde lo alto; con preguntas; con diálogo; con participación intensa con los alumnos; con humor; con ironía; con desdén; con respeto; etcétera.

Todo eso nos habla de los diferentes temperamentos que moldean las funciones docentes. La pregunta sería: todos los que desempeñamos con habitualidad esa función, ¿estamos en condiciones psicofísicas de desarrollarla, sin dañar a los alumnos, con ayuda para el esfuerzo del aprendizaje?

No necesito extremar el examen cuando digo que los concursos para decidir las personas que habrán de desarrollar estas funciones se centralizan en aspectos intelectuales de los aspirantes. El cartabón para la decisión radica en la competencia intelectual. ¿Pero quién vela por la aptitud emocional del aspirante? ¿Cómo se indaga en el equilibrio emocional del eventual docente? ¿No sería hora de evaluar esas competencias, a la par de las intelectuales?

6. UN PUNTO DE PARTIDA

La situación escolar es compleja. Por esa complejidad es necesario decidir cómo se ha de abordar el problema. O cuál de sus elementos componentes se habrá de tomar como punto de partida para la reflexión.

Propongo un punto de partida de relativa sencillez y que todos aquellos que lean estas páginas conocen o han conocido: pensar estas cuestiones comenzando por recordar y describir cómo se viven las situaciones escolares a partir de la experiencia de alumnos y profesores en las aulas institucionales.

7. UN PASO ADELANTE

Ese punto de partida, sencillo en apariencia, sólo alcanza significado cuando se lo inserta en un cuadro institucional que contribuya a darle significación.

La sola visión del grupo llamado “aula” nos muestra, por lo general, una pluralidad de personas. La mayoría de ellas se ubica detrás de unos pupitres de madera, incómodos en modo sumo, una mesa y una silla detrás de esa mesa. Muchas veces detrás de ese escritorio se coloca una persona que habla, dirigiéndose a ese público. A veces el público se sienta en sillas que forman un círculo y el individuo que opera como docente se integra dentro de ese círculo.

Por lo general, al menos en las facultades de ciencias sociales, en especial las de Derecho, observaría que una vez que los participantes toman asiento, es difícil que abandonen la posición sedente hasta que llegue el término de la clase.

Pero lo que sucede dentro del aula recibe una explicación más refinada cuando se la inscribe dentro del marco (o sistema) institucional.

8. LA TAREA DOCENTE

Las funciones de aprendizaje sólo son inteligibles cuando se comprende que constituyen uno de los resultados del encuentro operativo entre los sistemas docentes y los sistemas estudiantiles.

A los efectos de la exposición, he de entender por “tarea docente” aquella que se desarrolla en un ámbito o espacio que por lo común se denomina “aula” y que es desarrollada por personas designadas por los mecanismos previstos por el sistema educativo y que se encuentran en interrelación comunicacional con los restantes presentes en la clase, llamados habitualmente “alumnos” o “cursantes”.

Ese sistema de intercomunicaciones llamado “aula” o “clase” se lleva a cabo dentro de un ambiente, el establecimiento escolar. Este establecimiento escolar, a su vez, se inserta dentro de un sistema mayor, llamado “sociedad”.¹⁹

¹⁹ Téngase presente el concepto sistémico de “holon”. Desde el punto de vista de la Teoría General de Sistemas, cualquier elemento examinado con esa metodología, es considerado un holon. Esto es, que puede ser visto como un todo o como una parte. El aula es un holon, que puede ser estudiado como un sistema (como un todo) o como una parte de un sistema más amplio (la facultad, la universidad, la sociedad, el mundo entero). El sistema docente es la articulación sistémico-institucional de todos los docentes. El sistema estudiantil es la articulación sistémico-comunicacional de los estudiantes.

Entre todos esos subsistemas –y otros más que no he mencionado– se establece un complejo sistema de intercomunicaciones permanentes que conducen, en situaciones de normalidad sistémica, a establecer y mantener situaciones de equilibrio inestable.²⁰

9. LA SOCIEDAD CONVERSACIONAL

Una de las características relevantes de toda esa intercomunicación comunicativa sistémica es que se produce, en lo fundamental, mediante el intercambio conversacional de los integrantes del sistema.

Pero además se debe tener en cuenta que la constitución del sistema, incluido el sistema social, sólo puede verificarse mediante la cooperación, el acercamiento o lo que se puede nombrar como el amor. La agresión, la competencia, la rivalidad, no son constitutivas del sistema,²¹ ni del sistema biológico ni del sistema social. Por ende, tampoco del sistema educativo que se desarrolla dentro de las aulas.

Cuando se dice que los sistemas sociales –incluidos los sistemas educativos– son conversacionales, se desea establecer que se configuran a partir de la utilización de formas expresivas que contienen de manera primordial lo verbal, pero que también incluyen las actitudes –tonalidades de los mensajes verbales y lenguaje corporal– y además las formas expresivas propias de las artes.

Recuérdese que para algunos sociólogos, la sociedad humana es aquella sociedad que se define por su carácter conversacional.

Me he detenido en esas afirmaciones para enfatizar los aspectos conversacionales que el proceso docente y de aprendizaje ostentan de manera primordial.

Quien dice “conversacional” piensa, en términos sistémicos y de teoría de la comunicación, en interacciones comunicativas permanentes entre

²⁰ Esto conduce a reflexionar acerca de las relaciones de las universidades públicas con el sistema institucional de la sociedad e incluso con la ontogenia de este sistema. Con frecuencia se olvida que las universidades públicas, que son financiadas por el tesoro común, pertenecen a la república; por ello, deberían rechazar todo compromiso técnico con intereses extrarrepúblicanos o entregarse a intereses sectarios o partidistas.

²¹ La idea integra el repertorio expresado por Humberto Maturana R., el mayor teórico sistémico producido por América, específicamente por Chile, y uno de los mayores del mundo, en paridad como un autor tan conocido como Niklas Luhmann.

los elementos que componen el sistema educativo en el aula y con los sistemas que absorben los subsistemas que operan dentro de la sociedad.

Me tienta a decir que la creciente crisis de los sistemas educativos –sobre todo en sociedades en busca de obtener un equilibrio inestable perdurable– puede verse como las dificultades conversacionales que la sociedad y los sistemas educativos viven entre sí, sin acertar todavía en encontrar una manera de encuentro y de construcción de nuevos equilibrios inestables entre ellos.

Quiero subrayar todavía más la significación que los lenguajes humanos tienen en la configuración de los sistemas sociales. La democracia tiene su lenguaje y también lo tiene la tiranía.²²

10. OTROS IMPACTOS SOBRE EL SISTEMA “AULA”

La sociedad de nuestros días no sería inteligible del todo si no se computa el impacto que para los valores sociales tuvo el psicoanálisis en la versión creada por el médico vienés Sigmund Freud. Las categorías del psicoanálisis penetraron en el lenguaje de Occidente y contribuyeron, desde las primeras décadas del siglo XX, a moldear las interpretaciones sobre la conducta de las clases incluídas en estratos sociales altos y medios altos. Pero también repercutieron en las concepciones educativas y en las conductas disruptivas de los jóvenes, como lo demuestra la obra de Aichhorn.

Otros impactos significativos fueron producto de la sociedad globalizada, de la revolución de las comunicaciones y de las exigencias del consumo que genera el sistema capitalista. Por no mencionar la difusión del consumo de drogas, las exclusiones de la ciudadanía de las que son víctimas dilectas los jóvenes y la explosión de conductas violentas que se aprecia en nuestro tiempo.

Para finalizar esta parte introductoria, propongo retener estos conceptos: complejidad; equilibrio inestable; equifinalidad; los aspectos conversacionales; el impacto del psicoanálisis en las relaciones sociales de Occidente a partir de las primeras décadas del siglo XX.

²² Para apreciar el modo dramático en que los absolutismos modelan nuevos usos y significados en el lenguaje humano –y que perduran aun cuando los regímenes de ese corte hayan desaparecido– se muestran en KLEMPERER, Víctor, *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo* y *I Shall Bear Witness*. Las obras fueron publicadas antes del término del siglo XX y reflejan la experiencia del autor en su vida dentro del III Reich.

IV. DE LOS DOCENTES

Dijimos más arriba que este trabajo se origina en una reflexión sobre el proceso educativo universitario a partir de las posiciones que adopta el autor, desde un nivel que podría denominarse “filosófico” y que yo llamaría metodológico, al trabajar con alumnos en la Teoría del Estado.²³

Cualquier reflexión sobre los procesos educativos debería moderar su apetencia de generalidad o la propuesta de sus generalizaciones.

A mayor especificidad de los conceptos, más interesante será el desarrollo del texto. Este parte de supuestos, explícitos o implícitos, que se refieren a una visión del funcionamiento del mundo y a una concepción de la naturaleza humana.

²³ Si se consultara a profesores de diversas disciplinas que se cultivan en esta Facultad de Derecho, se advertiría que la Teoría del Estado no merece consideraciones especiales, al menos como materia. Esas valoraciones tienen orígenes variados. Pero alguno de ellos podrían atribuirse a la manera en que esa asignatura se incorporó al plan de estudios de la carrera de abogacía. Antes de su implantación como materia, el estudio del Estado se incluía en una asignatura de nombre enigmático (al menos para mí: Derecho Político). Se trataba, en algunas versiones, de una especie superior de Instrucción Cívica, con elementos de teorías de la sociedad, del Estado, de la Constitución Nacional y de la política. A ello se le sumaban elementos de filosofía política y reseñas de las historias políticas universal y argentina. No solían plantearse entonces como primordiales las disquisiciones metodológicas. Y cuando se hablaba de metodología se solían evocar las diferencias entre los razonamientos deductivo e inductivo. Los profesores de la materia de la Facultad de Derecho, al momento de prepararse este trabajo, no se han puesto de acuerdo en los contenidos y menos en la metodología con la que debería presentarse y ordenarse el material de estudio. Por mi parte, he insistido en que Teoría del Estado merece contar con una metodología propia y he reivindicado para ella un papel importante en el ordenamiento conceptual de los estudiantes de Derecho del siglo XXI. Va de suyo que esos intentos no han sido fructuosos. Si no se tomaran en cuenta esas preocupaciones metodológicas, no sería de extrañar que en un tiempo no demasiado remoto, Teoría del Estado desapareciera del programa de la Facultad de Derecho de la UBA. A título de comentario agregó que habrán hecho mucho para que se operase esa defunción programática quienes han seguido en este punto el pensamiento de Hermann Heller, quien afirmaba que una Teoría del Estado debería subsumirse en la ciencia política, pensamiento que muchos repiten hasta el presente, sin actualizarse y sin asumir las eventuales consecuencias de haberlo aceptado de manera acrítica. Esa concepción de Teoría del Estado como capítulo puro de la ciencia política fue expuesta por profesores titulares de Teoría del Estado y es repetida aún hoy por algunos de sus seguidores.

La finalidad última de cualquier proceso educativo es promover conductas humanas tanto como conductas positivas o conductas de evitación.

No es habitual que se expliciten las finalidades ideológicas del proceso educativo. Pero es un elemento básico, a la hora de referirse al mantenimiento de los mecanismos que tienden a conservar el equilibrio del sistema social.

Un repaso del proceso histórico de la educación argentina nos mostraría cómo se fue efectivizando ese proceso. Y algo muy parecido se advertiría si se examinara cualquier proceso educacional histórico de otros países.

Una lectura de los manuales escolares es muy reveladora de las matrices ideológicas de cada tiempo. Matrices que, a su vez, son el resultado de cambios de los sistemas políticos, tanto en sus relaciones con otros sistemas políticos como de procesos que se operan dentro del mismo sistema.

Alrededor de 1910 se registra un giro pronunciado en la dirección de la enseñanza. Ese cambio conduce al sostenimiento de posiciones nacionalistas en un contexto en el cual la Argentina se encuentra gobernada aún por sectores de la oligarquía tradicional, cuando sectores sociales de reciente conformación pugnan por conquistar nuevos espacios de participación política y cuando la Argentina se perfilaba como un país de rico presente y de un promisorio futuro. Para corroborar estas afirmaciones podría recurrirse a los libros escritos por estadistas y escritores europeos que visitaron nuestro país en ocasión del Centenario. Entre ellos puede recordarse a Georges Clemenceau o Posada. La Argentina prometía constituirse, en desarrollo económico, en el émulo en América del Sur de los Estados Unidos de América.

Por otra parte, esas predicciones auspiciosas constituían parte de la ideología vigente en la Argentina, al menos tal como eran expuestas por los intelectuales de finales del siglo XIX y principios del XX. Un ejemplo es Juan Agustín García; sostenía que uno de los elementos de la manera de ser de los argentinos era la creencia en la grandeza futura del país. Esta idea se prolongó durante todo el siglo XX. Y es probable que no haya desaparecido del todo. Recuérdese que ya comenzado el siglo XXI,

el entonces presidente de la Nación Eduardo Duhalde afirmó que la Argentina estaba condenada al éxito.

Como resultado del imaginario colectivo dominante, convertido en una de las fuentes escolares del aprendizaje, se consolidaron varios mitos nacionales, algunos de ellos ya recordados:

- a) la grandeza futura de la Argentina en el concierto de las naciones;
- b) somos el granero del mundo,
- c) somos un pueblo de paz;²⁴
- d) invencibles en las guerras;²⁵
- e) somos un crisol de razas;²⁶
- f) siempre hemos honrado nuestras deudas;²⁷
- g) somos los mejores del mundo en manifestaciones deportivas tales como el fútbol, el automovilismo y el polo;
- h) etcétera.

A las ideas liberales, después teñidas con un nacionalismo a veces agresivo, le sucedió el adoctrinamiento partidista del período 1946-1955. En esos nueve años se hizo obligatoria la enseñanza de la doctrina nacional partidista, con resultados prácticos discutibles. A este período le siguió la restauración republicana de 1955, cuando la enseñanza de la democracia se convirtió en obligatoria. Y como resultado logró engendrar la mayor reacción conocida hasta entonces contra el orden constitucional.

Es necesario reflexionar sobre las razones que hayan generado esas consecuencias; la hegemonía de conductas diametralmente opuestas a los contenidos que se pretendieron infundir dentro del sistema educativo.

²⁴ Si se olvidan las guerras de la independencia, en las cuales incursionamos en Paraguay, el Alto Perú y la Provincia Oriental (hoy República Oriental del Uruguay), sin omitir nuestra participación en la Guerra de la Triple Alianza.

²⁵ Si se dejan de lado las batallas en las cuales las armas nacionales se vieron llamadas al silencio. En esta concepción cayó Domingo Faustino Sarmiento, cuando en su *Oración a la Bandera* decía que la enseña nacional, Dios sea loado, nunca había sido atada al carro triunfal de ningún vencedor de la Tierra.

²⁶ Aunque a lo largo de nuestra historia social hemos discriminado a inmigrantes europeos, judíos, árabes y gitanos, y en la actualidad lo hacemos con miembros de pueblos americanos o de otros continentes, sin contar con la discriminación a pueblos locales.

²⁷ Aunque varias veces nos hayamos declarado de manera unilateral en *default*.

Estos recuerdos nos deberían conducir a relativizar la significación del sistema educativo formal como fragua para modelar actitudes y conductas cívicas.

No deben desdeñarse las reflexiones provocativas contra la institución escolar, al estilo de las proferidas por Iván Illich.

A mi juicio, la posición ultracrítica de Illich debe procesarse con gran cuidado y, en lo posible, no considerársela por su valor facial sino metafórico.

Más allá de los ingredientes de verdad que contenga, es posible comprender esas expresiones como las de un observador y crítico que aprecia que las buenas intenciones que conformaron la instauración y difusión de las escuelas como espacios educativos por excelencia se hayan perdido o contaminado con otros elementos propios de la compleja vida social de nuestros días.

Si la escuela, concebida como ámbito de la transmisión de conocimientos y de su elaboración, con vistas a la perduración del sistema político y social de referencia, así como la provisión a los alumnos de elementos que les permitiesen una inserción razonable en el mundo de la producción y distribución de bienes, se transforma en un ámbito destinado a dirimir las reivindicaciones salariales y laborales de los docentes: en el cual los alumnos encuentran placer en desafiar a la autoridad (la Ley del pensamiento de Lacan, concepto basal de cualquier tipo de organización de la convivencia social de los individuos humanos); en convertir al espacio escolar en una pedana en la cual dirimir hechos antecedentes de violencia intergrupar; en donde no se cultiva ni estimula el pensamiento original, sino el repetido y anquilosado, entonces la institución escolar se ha transformado en una institución perversa. Perversión que sucede también cuando la institución escolar, cuyo centro debería ser el educativo, se convierte en espacio contenedor para excluidos, postergados y de otros modos abandonados y coloca en segundo plano sus funciones educativas.

La crítica de Illich es útil como revulsiva, como detonante de una visión crítica renovada de la situación escolar, pero crecería en valía si ofreciese el programa de un cambio positivo frente a la realidad que denuncia.

1. ASCENDENCIA ESPIRITUAL DE LOS DOCENTES

El docente, como modelo psicosociológico e institucional, reconoce como su ascendiente a Protágoras, el sofista ateniense.

De esa tradición somos herederos los docentes; de un acervo ideológico en el que la razón es el supremo cartabón del conocimiento humano, su transmisión y su recepción.

Antes de continuar debe consignarse que no se trata de una influencia exclusiva. Aunque sí de un influjo muy gravitante en el desarrollo del proceso educativo occidental.

Desde Protágoras hasta aquí no han faltado las críticas al modelo. Entre los críticos de ese enfoque habría que consignar a Miguel de Montaigne, Pestalozzi, Montessori, Jean-Jacques Rousseau, Sigmund Freud.

Ello, sin mencionar a las influencias nacidas de la cultura oriental que también operan en la apreciación crítica de los procesos educativos. Hasta el presente, esas influencias se derivan de las prácticas de la enseñanza del Talmud y del budismo, sobre todo en su vertiente Zen. En esta rama de la reflexión sobre la adquisición de conocimientos, gravitan de manera decisiva los elementos emocionales, precisamente aquellos que la educación de corte racionalista desdeña o relega a un plano secundario, en lo conceptual y en lo práctico.

De esas confluencias surge la complejidad actual, que nos deja, más vale, perplejos.

Los herederos presuntos de Protágoras, de pronto, se hicieron conscientes de que lo racional no es una categoría que permita agotar el fenómeno del aprendizaje y la enseñanza.

Por las influencias provenientes del Oriente y por el impacto demolidor de las concepciones humanísticas y psicoanalíticas, advertimos que la práctica de la enseñanza exige más que la sabiduría o el dominio de los contenidos. Requiere otro tipo de sabiduría, aquella que se manifiesta en la actitud y el gesto del enseñante.

Ese cambio ya se ha operado en otros ámbitos del sistema social, tal como se ha puntualizado en *La sociedad congelada*. Los elementos irracionales ya estarían incorporados en los exámenes y prácticas de la vida social.

Con timidez, la tendencia se introdujo en el ámbito de la universidad, pero dista de haberse instalado de manera segura.

Por lo general, las clases siguen siendo lo que eran. Me refiero a las clases sobre ciencias sociales o jurídicas. Desconocemos la experiencia que pudiera registrarse en el ámbito de las ciencias físico-matemáticas y naturales.

Las clases siguen siendo lo que eran. Como regla, el discurso ocupa la mayor parte del horario escolar. El diálogo auténtico, el del encuentro entre personas, no se registra. Se suele confundir diálogo con la posibilidad de preguntar al docente. Pero no se suele registrar la creación de un ámbito de confianza de tal calidad que admita la creatividad, en el disenso y aun en el dislate. En síntesis, con la metodología de los discursos resulta muy improbable que la enseñanza se traduzca en un ejercicio de libertad creadora.

A esa persistencia ontogénica en las metodologías tradicionales se suma un rasgo del discurso docente: el de la queja permanente acerca de actos y actitudes de los alumnos, que las mismas actitudes docentes alimentan y retroalimentan.

2. UN "EXCURSUS" SOBRE LOS CONCURSOS

Hay buenos argumentos a favor de reconocer suma importancia a los factores emocionales y afectivos en las tareas docentes y de aprendizaje.

Existe la conciencia de que la sociedad occidental es una sociedad sometida a la fuerte influencia de los conceptos y modelos introducidos a fines del siglo XIX y principios del XX por el psicoanálisis. Esos elementos se han reconocido en subsistemas educativos dados a respetar las pautas ontogénicas; desde 1972, en la Facultad de Derecho se conocen y reconocen técnicas docentes modernas, que se hacen cargo de los aportes referidos. Aportes que enfatizan la importancia de los elementos vinculados, subjetivos y comunicacionales que forman la trama de cualquier experiencia en el terreno educativo de todas las edades.

Sin embargo, y pese a todo lo recordado, en los concursos docentes se evalúa de manera abrumadora el saber cerebral o intelectual de los aspirantes, sin que exista una instancia apreciativa del perfil psicológico del futuro profesor; cuáles puedan ser sus condiciones para liderar un proceso de aprendizaje y en qué condiciones; qué tipo de convivencia pudiese generar con el grupo de alumnos y cuáles el docente podría cumplir con los demás docentes y con el sistema de la Facultad.

Llegará un momento en el que se estudiarán y evaluarán esas condiciones de los eventuales docentes, partiendo del concepto según el cual no es la sabiduría o erudición lo que constituye al buen docente, sino su capacidad de contribuir a la creación de un clima saludable de aprendizaje. No olvidemos a aquel profesor ignorante que possibilitó que sus discípulos aprendieran una lengua que él no poseía.

3. *ALGUNAS CUESTIONES CENTRALES*

Para contribuir a diseñar un mapa de la problemática docente en nuestros días, sugiero enfocar nuestra atención en las siguientes cuestiones:

- (1) Adoptar de manera explícita una visión del mundo por parte del docente y hacerla conocer en el subsistema escolar. Yo me inclino por una visión sistémica. Y mantener la visión con la mayor congruencia posible en los desarrollos teóricos, para evitar la emisión de mensajes con más de un sentido.
- (2) Asumir que el mundo y cada uno de sus fragmentos son complejos, por lo cual, por lo general, las soluciones que demandan las exigencias prácticas tampoco son simples. Y esta complejidad debe convertirse en la oportunidad de extraer la mayor riqueza posible de los caminos que se emprendan.
- (3) La sociedad humana –con su ineludible base biológica– opera de manera creativa cuando las relaciones internas que predominan generan vínculos de cooperación y, para utilizar una palabra a veces devaluada, de amor.
- (4) Esos logros o vínculos se generan a partir de una característica notable de los sistemas: sus relaciones vinculares o comunicacionales.
- (5) Por lo expuesto en (4), es fundamental atender a la existencia de esas tramas y a comprender su funcionamiento y significación.
- (6) Tener en cuenta que uno de los elementos básicos para configurar esas redes vinculares –que a la postre son condición de la productividad del grupo– es el elemento conversacional. Configurar un subsistema escolar creativo en el aula equivale a permitir el funcionamiento en el seno de ese grupo de expresiones conversacionales equilibradas y tendientes a la creatividad de sus integrantes.

- (7) El trabajo central del docente es trabajo en la convivencia dentro de los grupos de alumnos o aprendices, salvo cuando se trate de un proceso educativo tutorial, en el que a cada alumno se le asigne un docente. Este concepto es extensible y válido para la enseñanza a distancia; en este tipo de actividad docente cambia la configuración de la convivencia, ya que se adopta la forma de una red informática. Y dicho estilo de educación es, en un desarrollo posterior, condición de nuevas formas de convivencia. Ello, por cuanto una enseñanza a distancia encarada con seriedad requiere la coronación de interacciones vivenciales dentro del grupo de aprendices.
- (8) No cabe en nuestra concepción de la función docente que en ella no se reúnan:
- (a) Conciencia de la complejidad de la función, tanto por los contenidos como por las características de cualquier grupo de trabajo.
 - (b) Reconocimiento de los aspectos conversacionales del mundo social.
 - (c) Aceptación de que las funciones docentes consisten en un trabajo que se realiza dentro de la convivencia interhumana.
 - (d) Aceptación de la significación del lenguajear.
 - (e) La finalidad de contribuir, junto con el grupo de aprendices o alumnos, a la generación de un clima propicio para el aprendizaje.
 - (f) Y, por último, atender a incrementar la consistencia de la base de conocimientos de la materia, aunque este ítem diste de ser el elemento más relevante de la cuestión pedagógica.²⁸

¿Qué podría esperarse de una toma de conciencia de los fenómenos holísticos que componen el fenómeno de la enseñanza y del apren-

²⁸ Vaya aquí mi agradecido recuerdo para el profesor de historia del Colegio Nacional N° 5 Bartolomé Mitre, a fines de la década de 1950, Juan Carlos Astolfi. No era un erudito en historia, pero era creativo en la metodología de la enseñanza, capaz de vincular la historia romana con la estrella cinematográfica de entonces Gina Lollobrigida, y la historia de las religiones con *La strada*, la creación fílmica de Federico Fellini, con la participación de Giuletta Massina y Anthony Quinn, y temas del ilustre músico Nino Rota.

dizaje? A mi juicio, muchos beneficios, entre los cuales podrían contarse: alegría, creatividad, profundidad, mayor compromiso con las tareas propias del aprendizaje.

Pero debe aclararse que todos estos postulados tienen costos, y no menores. Es mucho más exigente para los alumnos, pero también lo es para los docentes, y sobre todo para ellos. Exige más trabajo sobre las subjetividades, sobre la naturaleza de los fenómenos de grupo, y les pide, por añadidura, una mayor exposición en sus funciones.

4. OTRO PROBLEMA ADICIONAL

Muchas de las recomendaciones y consejos que se pueden escuchar en estas materias de la enseñanza se asemejan a la formulación de una especie de tipo ideal de modelo al que debería ajustarse la experiencia de las aulas.

Una de las preguntas posibles es: si existe relativa claridad en los modelos, ¿por qué tan pocos son los docentes que siguen esas recomendaciones?

Convengamos que cuando se encuentra uno con un docente que tiene éxito en su gestión como tal –es querido por la mayoría de sus alumnos, es respetado por la generalidad de sus docentes, es reconocido favorecedor del clima de aprendizaje, y además los alumnos, cuando concluye la experiencia docente, la consideran como fructuosa y colmada de conocimientos útiles para la vida e incluso para la profesión–, la sensación es de sorpresa, de admiración, de deseos de emulación y, por qué no reconocerlo, de cierta envidia, sana o de la otra.

Esa sencilla comprobación creo que nos indica que los modelos *buenos*, por llamarlos de alguna manera, no son los que predominan en la experiencia que la práctica docente nos depara.

La explicación es, me parece, relativamente sencilla. No todo grupo, no cualquier alumno, no cualquier docente, se encuentran en condiciones de cumplir sus funciones de esta manera.

En cambio, es mucho más sencillo seguir el modelo tradicional del discurso.

Cuando mi generación comenzó a cursar y culminó lo que se llamaba “la carrera docente”, la primera actividad consistía en asistir un año entero

a las clases del profesor titular o de un adjunto, indicado por lo general por el profesor titular. Después de haber incorporado las informaciones enunciadas por el profesor tomado como modelo, de acuerdo con la reglamentación entonces vigente, el ayudante podría “dar” un número muy limitado de clases, siempre con la presencia del profesor regular, que asumía y no delegaba la función de responsable de la comisión.

Para medir la diferencia recuérdese que cada cátedra ofrecía un número de comisiones de cursos de promoción sin examen, como se los conocía en la década del 60. Cada comisión se encontraba a cargo de los profesores asociados y adjuntos y también de los titulares. Esos titulares asumían de manera natural que su función primordial era dictar clases para los alumnos de grado. No existían los cursos a elección de los alumnos ni los créditos. Y aunque la instrucción proporcionada por la Facultad era rica en contenidos, se le imputaba un importante déficit en materia de conocimientos prácticos. Para algunos integrantes de la Facultad algo más excéntricos, creadores e independientes, el mal no consistía en la falta de práctica sino en la de conocimientos teóricos.²⁹

La carrera docente se cumplía de manera previsible. Al aprendizaje de las modalidades de los discursos de los profesores, a la toma de lista y a la iniciación en las modalidades administrativas, se le sumaban algunos cursos, que versaban sobre lógica deóntica e interpretación de la ley. A comienzos de la década del 70 se empezaron a impartir enseñanzas acerca de la técnica de la enseñanza y de la evaluación.³⁰

Y, como se insinuó antes, los concursos docentes se centran en la habilidad discursiva del postulante.

Pese a que estas páginas pueden leerse como una defensa de nuevos enfoques de las funciones docentes en el ámbito de la Facultad de Derecho, considero que el enfoque tradicional no debería desaparecer. No

²⁹ Éste era el pensamiento de un esclarecido integrante de aquellos claustros, el doctor Luis Francisco Lozano.

³⁰ El primer profesor de técnicas pedagógicas que conoció mi generación dentro de la Facultad de Derecho de la UBA fue Enrique Mariscal. Su inserción en la Facultad de Derecho es un ejemplo de una revolución anunciada que no se concretó. Fue la culminación técnica de aquello que intuíamos por mediación del profesor Ambrosio L. Gioja y su equipo, quienes nos mostraron que otra forma de impartir enseñanza existía y era factible de practicar. Y, además, era saludable para los docentes, los alumnos y los investigadores, así como para la Facultad en general.

desaparecerá en la medida en que su cultivo se enraiza en los estratos más profundos de la personalidad de los docentes y repercute en estratos profundos de algunos alumnos, que tampoco resisten los enfoques más personalizados y prefieren la escasa exposición y menor compromiso que demandan los métodos tradicionales de abordar el proceso de enseñanza y aprendizaje.

El enfoque tradicional tampoco debería desaparecer por cuanto sirve de experimento testigo y como pauta de comparación para la experimentación con los métodos novedosos.

Lo que sí me parece alarmante es la carencia, en especial por parte del personal docente, de conocimiento de las aproximaciones psicológicas y sociológicas modernas, que tanto podrían aportar al mejoramiento del nivel de la enseñanza y al aumento del rendimiento de la actividad.

5. UN MAESTRO; ENSAYO DE DEFINICIÓN

No me parece posible incursionar en el terreno en que nos encontramos sin pensar en maestros que se han constituido en modelos para cualquiera de nosotros. En esos maestros encontramos aquellas virtudes que quisiéramos encarnar y también defectos que evitaríamos.

No escasean los modelos de docentes. Podemos elegir entre los maestros de la ley bíblica, expertos en la paradoja y la metáfora. O a Protágoras, maestro del sofisma. O a Kant, quien nos mostró las paradojas insolubles del proceso de enseñanza, con su epígono argentino, desagradecidamente olvidado a la fecha, el profesor Juan Mantovani.

En este ámbito de las evocaciones recuérdese que Himmler fue hijo de un padre, también llamado Himmler y cuya profesión era la docencia. Alguien que fue su alumno dejó páginas inolvidables acerca de la psicología sádica de aquel padre y maestro.³¹

³¹ Me parece interesante el tema de cómo la docencia puede ser el refugio de personalidades sádicas y masoquistas, caracteres que uno suele asociar con profesiones más duras, como las castrenses, policiales y penitenciarias. Es curioso para nosotros, legos, reparar en que también la medicina es un refugio de personalidades de ese tipo. Recuérdense las anécdotas que se refieren de la personalidad de Bernardo Houssay, tal como lo evocan quienes lo conocieron en el desempeño de sus funciones. Un testimonio escrito se puede leer en *La nuca de Houssay*, un revelador ensayo de Marcelino Cerejido, lectura que recomiendo calurosamente.

Un maestro, por definición, influye; debe influir en el mundo interior de los alumnos. Pero en los modelos actuales de la función docente, esa influencia no debe recurrir a la presión ni a la coerción, al menos las explícitas. Pero se puede asegurar que un proceso educativo que represente, al mismo tiempo y en pureza, un proceso voluntario al cien por ciento, no existe. Aun en el caso de que el discípulo se entregue por su decisión personal al cuidado de un maestro, comenzado el proceso del aprendizaje no hay manera de escapar a los elementos de presión del proceso educativo. Pienso en la enseñanza de habilidades artísticas. El interesado elige a su maestro, orientador o guía, pero en el momento siguiente de la interrelación docente-alumno se comienza a recorrer un camino repleto de presiones, coerciones motivacionales y situaciones semejantes.

No le pidamos al proceso educativo el ingrediente de la libertad plena, porque no lo hemos de encontrar en ese quehacer. Una aproximación a la concepción del proceso educativo presidido por la libertad de los educandos es Summerhill, la escuela fundada por Alexander Neill.

A título de ejemplo puede recordarse el maestro de *La sociedad de los poetas muertos*. Trata de inculcar en sus alumnos el concepto y la práctica de la libertad. Aunque es un gran motivador de conductas, su metodología en pro de la libertad es, por cierto, un ejercicio de autoridad. Y, en ese sentido, un brillante ejemplo de la paradoja del mensaje, concepto examinado por la teoría de la comunicación sistémica de Palo Alto (en autores como Gregory Bateson y Paul Watzlawick, entre otros).

Las relaciones entre los docentes y los alumnos, para ser fecundas, deben ser asimétricas y dentro del sistema educativo que integran unos y otros debe haber el sentimiento de la Ley, en el sentido del psicoanálisis, de Lacan, y expuesto en reiteración poco tiempo atrás por la maestra argentina del psicoanálisis Silvia Bleichmar (desaparecida en 2008).

Lo que debería tenerse presente es la complejidad de las relaciones de la convivencia en las aulas. El subsistema docente debe entrar en interrelación con el subsistema de los alumnos y de la interacción de ambos sistemas debe surgir un nuevo subsistema de convivencia, cuya condición de existencia es la comprensión de la naturaleza de la interrelación entre todos esos complejos elementos.

Sucede que los seres humanos somos dados³² a amar ideas o conceptos que buscamos y encontramos con la pretensión de que echen luz sobre toda la complejidad del mundo. Y además del amor de los autores influyen las modas, que en términos más presuntuosos se podrían denominar el paradigma. En tiempos pasados se hablaba de la *Weltschauung* o concepción del mundo.

Si el paradigma o concepto central es el de la libertad y la autonomía se habrá de pretender que ese concepto o idea prevalezca en toda explicación del proceso educativo. Y ahí aparece, como siempre, la paradoja kantiana: la enseñanza de la libertad (intelectual) por métodos asimétricos y autoritarios.

Empero, creemos que el enfoque sistémico podría disolver la paradoja kantiana. Cuando Kant se refería a ella, en verdad, el centro de la enseñanza eran temas del orden intelectual. De lo que no hacía mérito Kant, porque no integraba el canon o modelo predominante en su cultura del proceso educativo de su tiempo ni de su filosofía, es de los elementos afectivos o emocionales que condicionan, posibilitan, dificultan o impiden la maduración de un proceso educativo dirigido hacia la jerarquización de la práctica de *la libertad creadora*.³³ Humberto Maturana ha subrayado que esa aparente paradoja puede disolverse cuando se considera que el proceso educativo se hace efectivo en el orden de la convivencia, del coacer mutuo, del experimentar juntos, en una situación en la que –más allá de cualquier asimetría que se postule entre docentes y alumnos– se experimenta con la conjunción, la confluencia y la cooperación; cuando se desdeñan las conductas propias de la competencia y de la rivalidad y se reconocen las fuerzas de la cooperación (y del amor).

De eso se trata, de la necesaria integración entre los conceptos y modelos que se mueven en el ámbito de lo intelectual y los procesos, conceptos y modelos que circulan en el campo de lo afectivo y emocional.

³² Recuerdo las reflexiones del ilustre pensador uruguayo Carlos Vaz Ferreira, cuando señalaba que los escritores y pensadores sentían una suerte de enamoramiento por sus ideas novedosas. Y a partir de ellas trataban de explicar todos los problemas recurriendo a esa idea central.

³³ Va de suyo que se trata del concepto acuñado por el filósofo argentino Alejandro Korn en su obra homónima.

Creo que hemos llegado al meollo de la cuestión educativa de nuestro tiempo.

El acervo de conceptos pedagógicos relacionados con las capas intelectuales de los educandos es amplio, concluyente y parece, por momentos, exhausto.

En cambio, los elementos afectivos no gozan de la misma consideración en los estudios y reflexiones sobre la cuestión educativa.

El mensaje que exponía el personaje del filme "La sociedad de los poetas muertos" era la mar de paradójico. Era un mensaje del estilo de aquel denunciado por Paul Watzlawick: "te ordeno que me ames". Así como es paradójico ordenar que se ame algo o a alguien, es por igual paradójico ordenar que las personas sean libres.

Pero, aunque no se puede amar por mandato ni se puede ser libre o creativo por una orden, sí puede el proceso educativo motivar conductas y relaciones que contribuyan a la creatividad y a la libertad.

Ésos son, precisamente, los aspectos que los estudios, reflexiones y quejas sobre el proceso educativo suelen pasar por alto.

Sin transferencia,³⁴ no puede pensarse en un proceso educativo fecundo. Sin empatía, no se registra el proceso educativo a que aspiro.

Sin comprensión de la asimetría del proceso intelectual y organizativo, no hay proceso educativo que valga la pena. Pero sin conciencia de la convivencia y de los procesos comunicativos a que esa convivencia da lugar, no hay proceso educativo.

Sin trabajo y quizás sin dolores, no hay proceso educativo que valga la pena.

Sin la entrega visceral del docente, no hay proceso educativo.³⁵

³⁴ En el sentido freudiano de la palabra, que incluye afecto positivo, empatía y comprensión mutuas. En el pensador vienés se refería, sobre todo, a la relación entre paciente y analista. No creo que haya razones para no contemplar la extensión del concepto a otras relaciones interhumanas.

³⁵ Recuerdo a dos hombres. Uno, el profesor José Luis Alberti, rector del Colegio Nacional N° 5 Bartolomé Mitre, y el otro, un pensador que ese rector fuera de lo común nos introdujo en nuestro mundo sensible, a Miguel de Montaigne. En la versión del profesor Alberti, para Montaigne en el acto docente el profesor entregaba parte de su propio ser. Alberti, creo recordar, era médico, se había inclinado por los estudios psicológicos y había sido uno de los principales colaboradores del doctor Alfredo L. Palacios cuando éste fundó un laboratorio de psicofisiología para estudiar la fatiga

Sin la entrega, sin pasión, sin sentimientos, sin alegría, sin humor, sin información de la vida, sin experiencias de lo cotidiano, no hay buenas perspectivas para un trabajo docente.

Sin comprender la existencia y las posibilidades de los sistemas grupales, no hay éxito para el trabajo docente.

Sin una sociedad que tenga entre sus valores más altos el enaltecimiento de la educación,³⁶ no como declamación sino con elementos que permitan su medición –por ejemplo, el por ciento del Producto Interno Bruto que se destine a la inversión educativa medido de acuerdo con las pautas propuestas por la Unesco–, no hay proceso educativo valioso.

Sin alegría, no hay proceso educativo.

Sin pensamiento crítico, no hay proceso educativo útil para el avance del conocimiento y el enriquecimiento de la raza humana.

Sin financiamiento apropiado, no hay proceso educativo con buenas perspectivas de consolidación y expansión.

Sin muchos docentes, no hay proceso educativo sustancioso dentro de las megauniversidades que conocemos.

Sin exposición espiritual, intelectual y corporal de los docentes, no hay proceso educativo.

Sin una cuota de valor de los docentes, no hay proceso educativo.

En nuestro tiempo, sin embargo, lo más significativo del proceso educativo *no ocurre* dentro de las aulas o de las escuelas.

Las nuevas formas organizacionales que toman las sociedades como producto de las creencias en la sociedad adquisitiva, los medios electrónicos, condicionan de manera novedosa los procesos educativos y subrayan las diferencias sociales y las muchas formas de exclusión de la ciudadanía.

Y debemos tomar conciencia de que las condiciones sociales del proceso educativo del que nosotros somos producto han variado sustancialmente.

en los trabajadores de las primeras décadas del siglo XX. Eran otros tiempos y eran otros políticos, que leían, estudiaban y profesaban la cátedra universitaria.

³⁶ No sólo como actividad que sirva para el incremento de los conocimientos, sino como elemento que favorece el desarrollo de una nación, tanto en lo económico como en las personas y grupos que resulten alcanzados por la difusión de los procesos educativos.

En este tiempo, sin Internet, no hay proceso educativo. Hagamos un ejercicio de sinceridad. Con frecuencia reprobamos a los alumnos que recurren para conocer datos a la colosal base de la Internet. Pero, al mismo tiempo, nosotros recurrimos de manera permanente a esas redes de conocimiento. El proceso educativo mejorará cuando asumamos que la Internet existe y, con sus limitaciones, es útil.

Pero tampoco hay proceso educativo que no exija, en algún momento de su acaecer, la interacción del enseñante con los enseñados.

Si no se comprendiese la complejidad del sistema educativo, no se habría de comprender a la educación misma. La educación destinada a las personas es, por definición, diferente de un proceso educativo que se dirigiese a seres unicelulares o a seres en los que sólo tuviera eficacia el área intelectual.

La educación dentro de la sociedad humana es una actividad emparentada con una de las funciones básicas que protege la continuidad de la vida de las especies, incluida la especie humana, con la crianza de infantes, con la socialización, con la promoción de conductas tendientes a enaltecer la vida.

La actual es una educación vergonzante. Muchos de los contenidos que pretende inculcar chocan de forma violenta con los valores operantes dentro del sistema social.

Es difícil que en las aulas se dé razón de las conductas, acciones y valores que de verdad influyen mucho en el desarrollo de la vida social.

Por esa diferencia entre lo auténtico y genuino, y lo enseñado y, en apariencia, postulado, la educación tiene tufillo a cierto grado de cinismo. Por silenciar lo que pasa de veras en el mundo sometido a las normas, por intentar inculcar valores en los que la sociedad promedio no cree o vulnera de manera cotidiana.

Ese alejamiento entre el contenido de la enseñanza y la realidad de las vidas y las experiencias de quienes imparten la enseñanza constituye la primera cuña entre lo que se pretende enseñar y lo que se logra aprender.

No puede pensarse en un proceso educativo eficaz si no se tiene claridad en la estructura valorativa, cognoscitiva y emocional o afectiva de los protagonistas del quehacer educativo.

6. LA MATRIZ BIOLÓGICA...

...que propone Humberto Maturana en sus numerosos trabajos sobre teoría sistémica resultan muy atractivos. Nos hace recordar que todo proceso educativo debe tener presente la base biológica de la vida humana, también de la vida social.³⁷

Pero con esa concepción se corre el riesgo de enfatizar tanto lo biológico que concluya negando los elementos intelectuales, sociales, históricos, políticos y psicológicos que también concurren a la fragua del proceso educativo.

La pregunta de María Laura Clérico me pareció, antes de comenzar este ejercicio, como de muy difícil realización.

Hasta que se produjo el *insight* que me permitió percibir que la Teoría General de Sistemas tiene algo que decir en materia de proceso educativo.

Dentro de una concepción holística del mundo y el acontecer que lo constituye, la Teoría General de Sistemas, un paradigma holístico posible, nos dirige a concebir el mundo como una unidad compleja (o una complejidad unitaria); de elementos que se encuentran en permanente interacción mutua, recíproca e interdependiente; que se mantienen en comunicación permanente y cuya finalidad (supuesta) es propender al mantenimiento del equilibrio inestable del sistema.

¿Qué función o funciones desempeñan los procesos educativos dentro del sistema social?³⁸

³⁷ Esta base biológica del sistema social fue vista con claridad por Karl Marx y entre nosotros fue adoptada y desarrollada por Juan B. Justo, en *Teoría y práctica de la historia*, obra de 1909.

³⁸ Quiero anotar que el proceso educativo es consustancial con el mantenimiento de las características de la ontogenia del sistema. Lo que no es connatural con el proceso educativo son las instituciones escolares, que puedan existir o no. A condición de que no sean el único mecanismo del que disponga el sistema para responder a las exigencias de la ontogenia del mismo sistema. De ahí que pueda pensarse que sea el sistema escolar el que esté en crisis y que es necesario indagar cuáles son los elementos a que recurre el sistema para el mantenimiento de las funciones educadoras, que son necesarias para mantener viva la aspiración a la perpetuación temporal del sistema.

En lo central, debe tender a que se mantenga el sistema en funcionamiento, para garantizar el equilibrio inestable del sistema.

Así desaparece la paradoja planteada por Immanuel Kant, cuando señalaba que el proceso educativo, por un lado, dice tender a adiestrar a los individuos en el ejercicio de una conciencia libre y, por el otro, encorseta esa dirección hacia la libertad mediante la enseñanza de contenidos rígidos.

De utilizarse el aparato conceptual de la TGS, la paradoja podría disolverse.

Porque el proceso de la enseñanza y el aprendizaje se mueve en dimensiones interrelacionadas pero distinguibles analíticamente.

La educación es un mecanismo que tiende al adoctrinamiento de los valores sociales consagrados, en el momento en que se trate, por la conducción del Estado, en estrecha vinculación con la ontogenia del propio sistema.

Pero la ontogenia no resulta la única explicación del presente de ningún sistema. Es posible que se ajuste de manera apropiada a la explicación de los fenómenos biológicos, pero no agota toda explicación posible. Más allá del peso que la ontogenia tiene, de manera ineludible, sobre el funcionamiento del sistema.

Pero la ontogenia no debería considerarse meramente como una fatalidad que el pasado le dicta al presente y al futuro. Porque si la ontogenia tuviese el peso que Maturana le parece asignar, entonces el pensamiento de Charles Darwin y afines serían enunciados que los acercarían a la ciencia ficción. Ello no es así, si recurrimos al testimonio de biólogos contemporáneos, que siguen acudiendo al pensamiento evolucionista cuando procuran explicaciones de los cambios que registran los seres biológicos cuando se los examina a lo largo de series temporalmente lo suficientemente prolongadas.

¿Cómo se explicaría, sin la alteración de los dictados de la ontogenia, la evolución de las especies? ¿Cómo se explicaría el papel del ambiente en el funcionamiento de los sistemas y, en particular, el mantenimiento del equilibrio inestable que es de la definición del concepto de "sistema"?

Y para no alterar el equilibrio del pensamiento, ¿qué papel desempeñaría el concepto de autopoiesis?

Ésa es una de las funciones que debería cumplir el proceso educativo. Adiestrar en el conocimiento de la ontogenia y alentar el desarrollo de una epigénesis adaptativa que permita entrar en pugna con las fatalidades del pasado, para evitar la repetición de los dolores preteritos.

Conocer los rasgos definitorios de la ontogenia para encontrarse en condiciones de mejor predecir el futuro (o ejercitarse en una prospectiva razonable).

Para conocer los límites de la acción creadora.

Para tomar conciencia de los cambios posibles dentro de los sistemas sociales.

Para indicar la necesaria presencia de la Ley (el Padre) en la vida humana social y permitir avizorar los límites y posibilidades de esas limitaciones.

De ahí la situación problemática³⁹ del proceso educativo actual. Pero no se trata de una situación difícil sólo para la educación. Es situación problemática de la sociedad.

Cualquiera de los problemas que inciden en el mantenimiento del equilibrio inestable del sistema, repercute en el proceso educativo.

La efectiva vigencia de la libertad de pensamiento, el derecho de asociación y de petición, el derecho de enseñar y aprender, inciden de manera directa en los contenidos de la educación. Y el alcance mayor o menor de los derechos de la ciudadanía integral tiene una consecuencia directa en la efectividad del proceso educativo.

¿Pueden haber dudas de que la marginalidad social es un limitante de relieve para posibilitar, favorecer o impedir el acceso sencillo al proceso educativo?

³⁹ Situación problemática que algunos podrían denominar "crisis" y, otros, desafíos de los nuevos tiempos.

¿Y qué decir de los factores de la alimentación, la salud, el trabajo, la vivienda, las comunicaciones?⁴⁰

¿Y qué decir de la incidencia que tienen en el proceso educativo las prácticas de violencia que se desarrollan en las sociedades que conocemos? O las prácticas de la violencia que desarrollan los Estados en sus relaciones.

¿Y qué espacio le reservamos a la prédica de los medios mundiales de comunicación? ¿Y a la informática?

Resulta de muy difícil intelección el proceso educativo si no se comienza a tomar conciencia de los cambios que se avecinan de manera continua dentro del sistema social.

El proceso educativo abusa del carácter asimétrico de su práctica y es reacio a incorporar las nuevas experiencias que nos proporciona la vida (la efectivamente vivida).

Por eso, a título de ejemplo, nos resulta difícil aceptar la posibilidad de incorporar a los procesos educativos de rutina la educación a distancia o reconocer la insuperable riqueza de datos que nos proporciona la Internet.⁴¹

Es un truísmo que se ha facilitado de manera enorme el acceso a la información, de toda laya. Se trata de una enorme oportunidad que habría que aprovechar. La mayor facilidad en adquirir información dejaría mucho espacio para operar en la subjetividad de los docentes y los alumnos, para fomentar el encuentro entre unos y otros, alentar el ejercicio responsable de la libertad creadora y mejorar la calidad de la convivencia escolar.

Dentro de ese marco podrían adquirir sentido otros capítulos: el régimen docente; el contenido de los programas; los estilos docentes; la formación psicológica de los profesores; los sistemas de evaluación; las habilidades que el sistema pretenda desarrollar en docentes y alumnos,

⁴⁰ Imagino que se responderá con el argumento de la resiliencia, aquellos casos en los cuales condiciones adversas y nefastas no impidieron elevados grados de desarrollo personal en los afectados. Pero sostengo que se trata de casos excepcionales, que rompen con una regla del promedio: malas condiciones de partida no son auspiciosas para un buen final.

⁴¹ Sin perjuicio de todos los recaudos de seriedad que también se deban enseñar a los alumnos y usuarios de la red informática.

compromiso de los protagonistas del proceso educativo con los valores que tiendan a conservar el *statu quo* o promotores del cambio social y de las condiciones que le dan marco.⁴²

V. LA EDUCACIÓN CUESTIONADA

Para comenzar este acápite, parto de las dos afirmaciones siguientes:

1) *Donde se habla mucho de una cuestión, hay ahí una saturación problemática.*

2) *Eso sucede con la práctica educativa, en todos sus niveles.*

Por momentos se centró la cuestión en los niveles iniciales y en los procesos educativos centrados en los niños. Ese proceso de reflexión fue una consecuencia, casi natural, ocurrida en paralelo con el surgimiento de un proceso de democratización de la enseñanza, esto de la universalización de la educación.

En la Argentina, ese proceso tiene algunos hitos bien reconocibles.

Están representados por el pensamiento de Manuel Belgrano, como secretario del Consulado, cuando postula la difusión de los procesos educativos en el subsistema social femenino. O cuando adopta medidas a favor de la enseñanza técnica, matemática y náutica.

Otro hito de este proceso lo constituye la fundación por iniciativa de Mariano Moreno, en 1810, de la Biblioteca, que sería con el paso del tiempo la Biblioteca Nacional.

En sentido negativo también es un hito la despreocupación por la educación popular que significaron las políticas en la materia adoptadas por el régimen rosista.

⁴² El movimiento de la Reforma Universitaria de 1918, así como sus antecedentes, son el ejemplo más dramático de cómo el gobierno y la administración de los claustros públicos se ven obligados a adaptarse a nuevas condiciones políticas, sociales y económicas. Sucedió cuando el régimen argentino incipiente fundó la nueva Universidad de Buenos Aires; sucedió con la Ley Avellaneda; ocurrió con la Reforma Universitaria, pasó con el régimen peronista, que abolió la autonomía universitaria; sin recordar la reaparición de la autonomía en 1955; la destrucción de la Universidad autónoma en 1966; la subordinación política de las aulas superiores en 1973 y 1976, y una restauración reformista específica en 1984. La Universidad pública, por serlo, no puede escapar a su destino político; muy pocas veces venturoso, y trágico en otras.

También hay referencias definitorias acerca de la instrucción pública en la Constitución Nacional de 1853/60.

En la misma línea se inscriben las leyes de la Presidencia de Bartolomé Mitre acerca de la enseñanza media, la Ley Avellaneda para la enseñanza superior pero, sobre todo, la definición doctrinaria que representó la Ley 1420, de educación gratuita, común y laica. Para la inteligencia del sentido de esa ley se requiere tomar conocimiento de las obras de Domingo Faustino Sarmiento en la materia educativa.

Ya comenzado el siglo XX, los hitos de la educación incorporan una insistencia en los contenidos nacionalistas de la instrucción general, por un desarrollo muy importante del sistema público de enseñanza –el de mejor calidad en el país– y una prédica cívica constante.

Otros de esos hitos están corporizados en el movimiento de la Reforma Universitaria, con antecedentes en la Universidad de Buenos Aires, en 1905, y una eclosión definitoria en la Universidad de Córdoba, en 1918. Se trató de un movimiento integral de renovación de las estructuras y funciones de la enseñanza universitaria, en procura de una mejoría mensurable de la calidad de la enseñanza impartida y de un compromiso social explícito dentro de la pluralidad ideológica de los claustros. Se suele pasar por alto que el régimen político argentino de los años 1943 a 1955 convirtió a la Universidad en un anexo de las necesidades partidistas de aquella época. Las universidades nacionales recuperaron su talante reformista a partir de 1955, para perderlo en 1966.

Para los países fraguados dentro de los moldes de las instituciones liberales, el tema de la educación era fundamental. Y ello, por varias razones.

En primer lugar, por cuanto el proceso educativo es un mecanismo central en el proceso de inculcar en las generaciones más jóvenes los valores políticos de sus mayores;⁴³ incorporar en el acervo de esas generaciones conocimientos nuevos que brinden elementos renovados para el mantenimiento del equilibrio inestable del sistema.

⁴³ En términos sistémicos, es un elemento del sistema político tendiente a mantener vivo el recuerdo de la ontogenia del sistema, sin perjuicio de dar cuenta de otros elementos que pudiesen alterar en algo la actualidad del sistema variando la epigénesis sin traicionar esa ontogenia.

Pero también puede ser concebido el proceso educativo como un mecanismo pensado para mejorar la realización individual y social de las personas que se encuentran incluidas dentro del sistema educativo, un compartimento del más inclusivo sistema social.

En otra instancia del examen de la cuestión, el proceso educativo fue considerado como un antídoto en contra de la aceptación social de formas autoritarias del régimen político. Recuérdese la expresión de Sarmiento, cuando favorecía la implantación de la educación popular: *un pueblo ignorante elegirá siempre a Rosas*.⁴⁴

3) *Aunque se hable o escriba mucho de educación, no siempre es cierto que en todos los casos se hable, efectivamente, de educación.*

No se olvide que el tema educativo es social, económico, político y psicológico. Como sucede con cualquier otro tema, en él subyacen infinitas cuestiones de lo no dicho,⁴⁵ de lo no expresado y, a veces, ni siquiera de lo no pensado ni sabido.

Lo que sí es cierto es que a lo largo de la historia documentada del pensamiento humano, en Occidente tanto como en Oriente, siempre se habló de educación.

A partir de la introducción de diferencias entre Occidente y Oriente, también se establecen distinciones de otro orden. Cuando se dice Occidente se piensa en el pensamiento social, político y filosófico de Grecia; cuando se habla de Oriente se habla de la sabiduría de los pueblos chino, japonés, coreano, indio y judeocristiano.

Mientras Occidente se inclinó por cultivar el conocimiento y la reflexión de lo sabido por el pensamiento, la lógica y la experimentación, Oriente orientó su saber a otros continentes de lo humano. Aquello que no se adquiere por el pensamiento racional ni se infiere mediante el uso de los sentimientos y los afectos. Aquellos conocimientos para los cuales

⁴⁴ Dicho eso dentro de una concepción racionalista del proceso educativo y de la voluntad política de las personas y de los pueblos, desdeñosa de los elementos no racionales que afectan tanto el proceso educativo como los procesos de decisión política. Con ese pensamiento de Sarmiento, hubiese sido arduo explicar cómo una nación que se suponía poseedora de una elevada cultura aceptó, con muy escasas muestras de descontento, al régimen del III Reich.

⁴⁵ "Cuestiones de lo no dicho", es una expresión utilizada por el profesor Luis Navalessi.

las palabras y el *logos* son insuficientes, pero sin los cuales cualquier conocimiento de la razón es insuficiente o precario.

No se duda de cuáles sean los contenidos de la educación racional, pero de lo que no es racional no se ha profundizado tanto. O no se lo hizo hasta que en la sociedad occidental se produjo una renovación de los conocimientos sobre la psicología humana. Hay un momento, en la cultura occidental, en el que se comienza a tomar conciencia de que el ser humano dista de ser sólo una unidad de razón o de pensamiento y que en la vida humana, además de las funciones cerebrales, también existen otras que juegan y desempeñan un papel fundamental en la adquisición de los conocimientos racionales.

Para resumir esta sección, diría que en nuestros días puede sostenerse que el proceso educativo es un proceso social complejo en el que se entrelazan visiones diversas que tienden a proporcionar adiestramiento a las personas para mantener el equilibrio inestable del sistema político, enriquecer a las personas y posibilitar cambios del sistema que no comprometan de manera definitiva su ontogenia.

4) *Una circunstancia que debería tenerse en cuenta a la hora de pensar estos temas es el doble origen de la profesión docente en la parte del mundo cultural que ocupamos en la Argentina.*

Cuando se trata de explicar el mundo de los valores que deberían moldear las acciones occidentales es frecuente referirse a la herencia judeocristiana, propia de nuestra cultura. No habré de referirme en esta ocasión a la distancia que se encuentran esos valores de la práctica cotidiana de nuestros países.

Pero esos valores no sólo se refieren a la moral de las personas. Esa doble herencia también tiñe las concepciones y las prácticas docentes.

Sin perjuicio de que también se deban computar las derivaciones propias de las pautas introducidas como consecuencia del cisma y de la Reforma religiosa (léase Lucero y Calvino).

De todo ese manojito de influencias surge el marco de la práctica docente.

La docencia oriental deriva de las enseñanzas de los maestros de la religión judía. En esas prácticas, la enseñanza se centraba en los textos,

pero la metodología de la enseñanza no se centraba con carácter de exclusividad en los aspectos intelectuales del aprendizaje y del saber. Junto con el examen de los textos convivían los llamados elementos emocionales y afectivos que en esa concepción debía tener cualquier tipo de aprendizaje.

La otra vertiente de la tarea docente se remonta a la cultura y a la filosofía griegas. Pero no aquella que uno tendería a asociar con la docencia, como serían las corrientes orientadas por Platón o Aristóteles, sino a la que representaba Protágoras, integrante de las corrientes sofistas. Los sofistas defendían las causas que les sometían, a cambio de dinero. Y también a cambio de dinero instruían a los necesitados de los saberes que ellos poseían.

Una de las maneras de comprender el proceso de la educación en Occidente podría sintetizarse así: un proceso educativo que tiende a alimentar los aspectos intelectuales de las personas; un proceso que, en una segunda etapa, introduce elementos que hablan de la utilidad de las enseñanzas; una etapa posterior en la que se comienzan a atender los elementos extrarracionales que sustentan el proceso educativo. Después de pensadores que plantean objetivos renovadores para el proceso educativo, como Pestalozzi o Rousseau, en el siglo XX, se introducen en el pensamiento explicativo de Occidente elementos de sesgo definitivamente irracionales. Esta etapa está presidida por el psicoanálisis y su creador, Sigmund Freud.

En este momento resulta posible ensayar una síntesis general de todas esas posiciones. Que, en verdad, deben ser actualizadas como consecuencia de la revolución en los sistemas informativos que ahora se encuentran en la posibilidad de acceso de cada vez más personas.

5) *Pero es difícil hablar o reflexionar acerca de los procesos educativos si no se tienen presentes otras cuestiones.* Entre ellas, menciono:

- (a) la concepción del mundo del que reflexione;
- (b) las vías del conocimiento y del aprendizaje; el qué, el cómo y el para qué del proceso de aprendizaje y de la enseñanza;⁴⁶

⁴⁶ Lo que en un tratamiento terapéutico de tendencia psicoanalítica se llamaría "la dirección de la cura". En nuestro caso, se diría "la dirección de la enseñanza".

- (c) comprender que el proceso de enseñanza y aprendizaje dentro del aula es un capítulo del más comprensivo llamado “la convivencia entre maestros y alumnos”;
- (d) la concepción que se tenga del ser humano.

6) *Si se ha de adoptar –como lo hago– una aproximación propia de la Teoría General de Sistemas,⁴⁷ debe tenerse en consideración que el proceso de enseñanza y de aprendizaje es una parte operativa del subsistema educativo.*

Si se aceptara esa afirmación, habría que tener en cuenta que el subsistema educativo, como cualquier sistema, es un holon. Esto, en el sentido de que el subsistema educativo puede considerarse como todo o como parte, según fueren los intereses y necesidades del examinador del sistema.

En otras palabras, es posible –aunque no podría decidirse si también sería útil– estudiar el subsistema educativo con independencia del entorno o del ambiente en el que se desenvuelve.

A título de ejemplo, las consideraciones acerca de problemas que afronta el proceso educativo en la Argentina se ven de manera diferente si se formulan teniendo en cuenta el ambiente de la Universidad de Buenos Aires, con mucho más de 100.000 alumnos, que si ese mismo examen se lo hiciera en una institución con alrededor de mil estudiantes.

Si la metodología de estudio fuese la sistémica, entonces habría que tomar conciencia de que en el holon subsistema educativo habrán de tener relevancia otros subsistemas.

Entre ellos, recuerdo los siguientes:

- a) el subsistema político, que nos habrá de remitir a las relaciones del subsistema educativo con las condiciones de ejercicio del poder dentro de ese subsistema político;

⁴⁷ En su origen, la expuesta por Ludwig von Bertalanffy; utilizada de manera intensiva por David Easton y enriquecida en las últimas décadas por Humberto Maturana y Francisco Varela (desde Chile) y Niklas Luhmann (desde Alemania). A estas contribuciones se deben sumar las de Jean Piaget y Rolando García. Éste, con sus aportes, se convierte en el representante más importante de la cultura argentina en el campo de la teoría general de sistemas (bien que sus aportes se hayan desarrollado fuera del ámbito argentino, del que García se encuentra excluido desde el 30 de julio de 1966, fecha en la que el sistema político argentino decidió que los científicos de la Universidad de Buenos Aires eran un blanco en la lucha ideológica de aquellos tiempos. Vale la pena recordar que la cultura académica argentina nunca pudo recuperarse del todo de esas pérdidas).

- b) el subsistema social, que nos indicará a qué sectores de la sociedad alcanza la acción del subsistema político y cuáles son sus efectos sobre ese subsistema;
 - c) el subsistema filosófico, que indicará la visión del mundo a la que sirve el subsistema educativo y que, como los anteriores, siempre se encuentra, expreso o implícito, dentro del proceso educativo.
- 7) *También deberían ser motivo de estudio lo que denomino los énfasis de los exámenes a que se somete el proceso de educación.*
- a) Hemos anticipado que una gran parte de las reflexiones sobre el proceso educativo se ha centrado en los aspectos intelectuales del mismo. No se trata de una visión exclusivista, pero sí de un énfasis especial en esos aspectos. El alumno mejor colocado en la consideración de las instituciones educativas es el que exhibe mejores dotes en el orden del intelecto. Importa mucho menos si se trata, al mismo tiempo, de una persona con discapacidad emocional. En las concepciones tradicionales del proceso educativo, esos aspectos emocionales ocupan, de manera decisiva, un lejano plano. Y en el nivel de la enseñanza superior, no ocupa ningún lugar una preocupación por los aspectos emocionales del proceso ni de los protagonistas.
 - b) Sólo de manera tardía asoman preocupaciones por los aspectos emocionales del proceso educativo. La sensibilidad comienza a configurarse como un tema propio de la educación. El autor que se ocupa de manera central en la cuestión de la sensibilidad es Jean-Jacques Rousseau, en especial en el *Emilio*.
 - c) En ocasiones, el énfasis del proceso educativo se centra en lo religioso como divisa sectorial. Para este tipo de posturas, no es aceptable, no es buena, una educación que le asigne a los temas religiosos un sitio fuera de las aulas. Estas cuestiones carecen de relevancia en este momento en la educación superior. Pero la tuvieron de manera relevante en instituciones universitarias argentinas, en especial en la Universidad de Córdoba y en la de Buenos Aires.⁴⁸

⁴⁸ En 1884, en la Universidad de Córdoba, el joven estudiante Ramón J. Cárcano supo que su tesis doctoral era inaceptable por sostener la igualdad de los derechos civiles

- d) La idea, la percepción y la toma de decisión ante el cambio que de manera ineludible genera la vida.
- e) La idea de que se trata de una cuestión presupuestaria. Se escucha con alguna frecuencia que la calidad de la enseñanza mejoraría si se incrementara el número de profesores con dedicación exclusiva.
- f) La idea de que se trata de una cuestión vinculada con la masividad de algunas universidades públicas.
- g) La idea de que una vía para la mejora de la educación superior se vincula con incrementar la calidad de los vínculos dentro de los espacios universitarios, mediante la toma de conciencia de los procesos interpersonales.
- h) La idea de incorporar la educación a distancia.
- i) La idea de que debe restringirse el acceso en el nivel superior de la educación mediante las pruebas intelectuales pertinentes.
- j) La idea de arancelar los estudios educativos.

Desde un punto de vista sistémico, debería considerarse que todas las cuestiones planteadas pueden incidir en la solución de las preguntas que suscita la educación superior pública. El concepto de “equifinalidad” acude en nuestra ayuda en el sentido de que la calidad del subsistema educativo superior podría incrementarse recurriendo a varias de esas variables. Pero la “equifinalidad” no debería hacernos olvidar que cualquier decisión de las posibles tiene una estrecha relación con elementos del subsistema político, y que incluso podrían afectar los mecanismos de mantenimiento del equilibrio inestable del sistema. En una palabra, que cualquier decisión que se pretendiera adoptar debería sopesar los elementos de prudencia política que velen por el mantenimiento de ese equilibrio inestable.

de los hijos ilegítimos con los nacidos dentro del matrimonio. En aquellos años, los hijos ilegítimos se clasificaban en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Esta distinción entre hijos fue derogada en 1954, por la Ley 14.394, en el marco del enfrentamiento del gobierno presidido por Juan Domingo Perón y la Iglesia católica. Más detalles sobre la tesis de Cárcano pueden verse en BUCHBINDER, Pablo, *¿Revolución en los claustros? La Reforma Universitaria de 1918*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008, especialmente p. 11 y s.

8) *A mi juicio, un debate actual y actualizado sobre el proceso educativo debería tomar en cuenta algunos elementos que, aunque difíciles de reformar, son factibles de instrumentar, con un costo aceptable.*

- a) Lo holístico del convivir. Toda acción humana social es acción en el convivir mutuo. Se trata de un concepto nada novedoso, aunque pareciese desdeñado u olvidado y se encuentre, aunque fuere implícito, en el concepto de *zoon politikon* de Aristóteles.
- b) Lo sistémico de nuestras interrelaciones vinculares.
- c) La aceptación de que la sociedad occidental –la Argentina en grado sumo– está penetrada y moldeada por categorías básicas del pensamiento psicoanalítico.
- d) Que sobre ese fondo de sociedad psicoanalizada se ha instalado la cultura de la informática.
- e) Que a la luz de las comprobaciones indicadas sub c) y sub d), muchos de nuestros conocimientos y muchas de nuestras concepciones han devenido anacrónicas o insuficientes.
- f) Una visión actual del proceso educativo debería combinar todos esos elementos, sin descuidar ninguno:
 - La configuración en el aula de una convivencia armoniosa y motivadora de la creatividad.
 - La admisión de la informática como una vía legitimada para la adquisición de información atinente a cada una de las materias.
 - La utilización de las herramientas de la psicología social y de la de los grupos dentro del aula, para alentar la discusión, el intercambio y el perfeccionamiento en el marco de la convivencia.
 - A la universidad masiva le debe ser lícito mutar la masividad en calidad de la enseñanza.
 - Hay que escuchar de manera permanente la voz de los docentes y de los alumnos.
 - Debe asumirse la importancia para la convivencia en los establecimientos de la vigencia de la Ley (esto es, convivir dentro de la vigencia de normas que garanticen el libre desarrollo de todos, la autonomía del pensamiento y el respeto por las posiciones adversas a las propias).

- Examinar con serenidad y cuidado las formas en que podrían aprovecharse al máximo los recursos escasos con los que se cuentan a este momento.
- Tomar conocimiento de experiencias comparadas de otras universidades masivas; evaluarlas y, de ser útiles, adaptarlas a la experiencia local.
- Convocar al trabajo de representantes de diversas disciplinas que puedan aportar algo al tema de la actualización de los procesos educativos: economistas, filósofos, historiadores, psicólogos, educadores y juristas.

9) *No hay acciones que no generen consecuencias, algunas no deseables ni deseadas.*

En este terreno educativo, existe el peligro –eventual, pero peligro al fin– de que las reflexiones sobre el proceso educativo encubran disquisiciones sobre el ejercicio del poder.

Es sabido que cuando se administran recursos escasos, el ejercicio de esa administración se implica mutuamente con el ejercicio de facultades, competencias y potestades vinculadas con el ejercicio del poder.

Existe el peligro de que si el proceso de encarar estas cuestiones no se realiza con la máxima pulcritud, con el mayor grado de consulta con los sectores internos interesados, si no se lo armoniza con el conjunto de tomas de posición que asuma el sistema de la universidad e incluso el sistema político en su conjunto, entonces el proceso no sería fructuoso ni saludable.

A MODO DE COLOFÓN

El enseñante no debería sentir que imparte enseñanza, sino que acompaña al grupo con el que convive dentro del aula en el proceso de crecimiento en que consiste de manera raigal el aprender, no centrado en el alumno de la lista sino en las personas de carne y hueso que conforman con los docentes el grupo de aprendizaje.

ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA ARGENTINA

El 12 de febrero de 2009 el trabajo solicitado por *Academia* ha finalizado en su realización material.

Pero no ha concluido el ejercicio de reflexión que ha significado para el autor sobre la enseñanza y el aprendizaje.

Como consecuencia de la lectura del libro del doctor Alberto Agrest, mencionado en la bibliografía que se anexa a este trabajo, ha surgido un dato que no aparece de manera explícita en trabajos de este tipo: la variable temporal.

La enseñanza se dirige a individuos que habrán de utilizar los conocimientos obtenidos en las aulas superiores en un mundo que indefectiblemente será diferente al que modeló las enseñanzas recibidas.

He ahí una paradoja importante.

En la universidad se utilizan conocimientos más o menos viejos. Los contenidos envejecen en cuanto se los conserva en papel o en memorias informáticas.

Eso nos debería hacer reflexionar más todavía sobre el contenido de la enseñanza.

Me parece que el centro del esfuerzo no radica tanto en la transmisión de contenidos como de la adquisición de una actitud de plasticidad ante los cambios. La enseñanza debería versar sobre el extracto de aquellos contenidos y conceptos que, pudiese presumirse, mantendrían cierta estabilidad. El resto de las energías de la institución debería encaminarse hacia la forja de un individuo capacitado para descubrir las nuevas demandas que surjan en relación con la abogacía; para indagar en fuentes nuevas de conocimiento y para adaptarse a las realidades novedosas.

APÉNDICES

EL PARADIGMA GIOJA EN EDUCACIÓN SUPERIOR

Por razones históricas no me resulta posible concluir el trabajo encomendado sin incluir una referencia a Ambrosio L. Gioja.

Recalo ahora en la posibilidad de realizar la función docente por parte de personas⁴⁹ que carezcan de los atributos de la erudición. Es

⁴⁹ Esta afirmación debe matizarse en nuestro tiempo. Parte de la función docente ya no es patrimonio exclusivo de individuos. También puede desempeñarse por medios no-humanos, mecánicos e informáticos. A la luz de estas nuevas experiencias es necesario interrogarse sobre la validez de las reflexiones que realizamos en materia de educación, de las funciones docentes y de las conductas y habilidades de los alumnos.

conocido que hay autores que nos informan acerca de la posibilidad de que individuos que no conozcan un capítulo del saber, posibiliten de sus alumnos que adquieran habilidades en ese sector del conocimiento. Se trata del *maestro ignorante*.

He de evocar experiencias personales, que casi con seguridad serán compartidas por parte de los lectores.

Afirmo que he recibido enseñanzas de docentes que no se caracterizaban por exhibir el cultivo de la erudición en el campo de sus especialidades. Advierto ahora que es necesario conceptualizar “conocimiento”. No eran sabios por acumulación, sino por practicar el ejercicio de la profundidad.

Entiendo por “conocimiento” una combinación de informaciones, teóricas y otras relacionadas con experiencias, que posibiliten el ejercicio normal de la profesión a la que habilita el título de abogado. En los años de mi formación inicial en Derecho recibí enseñanzas en ese sentido en la casi totalidad de las materias que integraban el plan de estudios creado en los primeros años de la década de 1950.

Muchos de los profesores adjuntos carecían de obra escrita conocida o nutrida. Eran abogados de la matrícula o jueces. No abundaban los profesores de dedicación exclusiva. Sólo recuerdo de éstos a Francisco P. Laplaza (Derecho Penal) y Ambrosio L. Gioja (Filosofía del Derecho). También actuaban con dedicación importante a la configuración los docentes de la cátedra de Derecho Constitucional, cuyo titular era Segundo V. Linares Quintana. Un caso atípico era el de Luis Jiménez de Asúa, el director del Instituto de Derecho Penal y Criminología, en donde se advertía una actividad continua de cultivo del conocimiento del Derecho Penal.

Pero creo que el paradigma de función docente fue el actuado por Ambrosio L. Gioja. Esa función estaba hecha de una convivencia intensa entre quienes concurrían al Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología que dirigía el maestro, de una temática en la que se alternaban cuestiones de reflexión filosófica con temas de política y ética pública, y de un estilo de conducción firme pero dialoguista.

Obsérvese que dentro de los rasgos que menciono no figura la erudición ni la sabiduría hecha de datos abrumadores. Y es que en ese estilo

de trabajo el conocimiento era, en verdad, sumamente restringido, pero profundo. No servía en ese clima “saber” mucho. Servía, en cambio, saber bien. No era el saber de la espectacularidad, era el saber de la comprensión. Todo con una predisposición humana intangible pero perceptible.

Tampoco pretendía el maestro saber más ni afectar conocimientos que no lo integraran ni negaba la posibilidad de conocer a partir del conocimiento de los colaboradores.

Quienes lo conocimos no lo considerábamos entonces maestro por su sapiencia teórica, sino por su sapiencia del encuentro con los otros. No me parece que Gioja haya cultivado la lectura de Martin Buber, pero personificaba al maestro en la dimensión del encuentro y la complejidad de la convivencia, ese fenómeno que con tozudez escapa de los enfoques de los procesos de educación.

DOCENTES EN TIEMPOS INFORMÁTICOS

Me parece que las fuentes importantes del malestar docente se originan por dificultades en el convivir que implica y exige la situación de aprendizaje y por razones que la psicología, tanto la profunda y general como la propia de lo escolar, se encuentran dilucidando.

Pero no estoy seguro de que se hayan enfocado las dificultades que provoca en el ánimo docente la expansión de mecanismos informáticos que proporcionan abrumadora cantidad de informaciones en cualquiera de las áreas cubiertas por un programa universitario.

Ante ese alud informativo, pierde gravitación la antigua presencia omnisciente del profesor o del maestro. En cuanto informadores, hay en la actualidad mecanismos que los superan de manera concluyente.

Es de suponer que esa pérdida del papel predominante en la provisión informativa sea vivido como un menoscabo para estructuras profundas de la personalidad.

Si es cierto que hay fuentes informativas que superan a los docentes presenciales de modo casi indiscutible, es menester reflexionar sobre qué funciones deberían cumplir ahora los docentes.

El profesor, maestro, docente, es un recurso que debería estar a disposición de los alumnos dentro de los contextos institucionales y extra-institucionales⁵⁰ que correspondan.

Si se está de acuerdo en que los profesores son un recurso de los alumnos, secundarios en lo que respecta a los elementos informativos que constituyen una parte importante en la transmisión y adquisición de cualquier saber, habrá que sugerir qué otras funciones también se encuentran a cargo de los docentes.

Los docentes seguirán siendo fuente informativa de los alumnos, aunque se hallen en competencia con otros medios. Por ejemplo, los repositorios informáticos no registran la mayoría de las vivencias de los docentes, que muchas veces se constituyen en elementos importantes de motivación. Ni tampoco se encuentran en esas bases de datos elementos estéticos y sensibles que permitan aconsejar sobre autores, libros y lecturas.

Pero más allá de las áreas informativas, en los docentes deben encontrarse funciones de facilitación y orientación dentro de la macrofunción de provisión informativa.

Ningún docente puede competir con esperanzas de éxito contra la riqueza informativa de la red, hoy a disposición de muchos habitantes del planeta.

Por eso mismo, los docentes deberían estar alertas ante el hecho de que asignando mucho tiempo a la función informativa, a “dar” información, menos será el espacio destinado a acompañar y guiar a los alumnos y a favorecer y facilitar los aprendizajes propuestos.

Debería facilitarse que los alumnos tengan acceso a la información básica propia de la disciplina que profesan.

Y, junto con esa base intelectual, operar sobre los aspectos emocionales que son, en definitiva, los que condicionan –favoreciendo o dificultando– la profundización de los conocimientos.

Se me ocurre que somos docentes del siglo XXI con actitudes medievales, cuando la letra impresa todavía no había advenido.

⁵⁰ Los ámbitos extrainstitucionales en los que se encuentren docentes a disposición de los alumnos son extraordinarios, fuera de lo común y no constituyen el objeto de este estudio. Por lo general, colocar la función docente fuera del marco institucional genera cuestiones complejas y de difícil abordaje.

BIBLIOGRAFÍA

AGREST, Alberto, *Ser médico ayer, hoy y mañana. Puentes entre la medicina, el paciente y la sociedad*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008.

ÁLVAREZ-URÍA, Fernando (ed., presentación y posfacio), *Karl Marx, Max Weber y Emile Durkheim. Sociología y educación. Textos e intervenciones de los sociólogos clásicos*, Madrid, Ediciones Morata, 2007.

ANDERSCH, Alfred, *El padre de un asesino* (ttlo. orig.: *Der Vater eines Mörders*, trad. de María Ángeles Grau), Bogotá, Norma, 2007.

BUCHBINDER, Pablo, *¿Revolución en los claustros? La Reforma Universitaria de 1918*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008.

COLMO, Alfredo, "El nuevo programa de Derecho Civil", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, año 4, nro. 7, 2006, p. 251 y s. Reproduce el original, publicado en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de Buenos Aires, 1912, t. II, p. 203 y s. Es la respuesta a las ideas de Eduardo Prayones, que se citan más abajo. Colmo cree que introducir elementos de la práctica en la enseñanza del Derecho Civil implica convertirlo "en profesor de práctica forense". Agrega: "Porque, ¿adónde se iría a parar si se quisiera hacer comprender la misión del fiscal, del asesor, del secretario, del juez, de la cámara, etcétera, en forma que permita al alumno una noción suficientemente distinta y lúcida, y sin necesidad de descender al engorro de los detalles?" Parecería ser una concepción sumamente jerarquizada de los saberes. Pero que también parece alejada de la vida real de quienes ejercen el Derecho. La clase superior de los profesores enseña el Derecho, y otros profesores, que se diseñan como inferiores, enseñan la práctica. Hemos dicho en el trabajo que por fin la Facultad que yo conocí como alumno no diseminaba saber práctico pero tampoco teórico. La concepción de Colmo –a quien siempre tuvimos por un ciudadano consciente y partidario del orden constitucional– perduró muchas décadas en la Facultad y no estoy seguro de que haya desaparecido del todo. Un civilista muy reconocido en sus días e integrante de la conducción de la Facultad durante varios años distinguía entre los juristas y los *practicones* del Derecho. Era una manera irritante de enfatizar en la asimetría que reconocemos en la función docente. Pero hay mucha distancia entre reconocer una asimetría y hacer de la asimetría la razón de ser de una función.

CORDIÉ, Anny, *Malestar en el docente. La educación confrontada con el psicoanálisis* (ttlo. orig.: *Malaise chez l'enseignant. L'éducation confrontée à la psychanalyse*, Éditions de Seuil, 1988, trad. de Irene Agoff), Buenos Aires, Nueva Visión, 2007.

- DOTTI, Jorge, *El mundo de Juan Jacobo Rousseau*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1991.
- DUCHATZKY, Laura, *Una cita con los maestros. Los enigmas del encuentro con discípulos y aprendices*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2008.
- FERREIRO, Emilia, *Pasado y presente de los verbos "leer y escribir"*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001 (2ª ed., 2008).
- FERRÈS I PRATS, Joan, *La educación como industria del deseo. Un nuevo estilo comunicativo*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- FREIRE, Paulo, *Cartas a quien pretende enseñar* (ttlo. orig.: *Profesora sim; tia nao: cartas a quem ousa ensinar*, Olho d'Água, 1993, trad. de Stella Mastrangelo), Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- FUNDACIÓN 5 DE OCTUBRE DE 1954 (comp.), *La reforma universitaria. Su legado*, Buenos Aires, Fundación 5 de Octubre de 1954, Librería Histórica Emilio J. Perrot, 2008.
- GARCÍA, Rolando, *Sistemas complejos. Conceptos, métodos y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- GIRBAL-BLACHA, Noemí (coord.), *Tradición y renovación en las ciencias sociales y humanas*, Jornada Académica, Bernal, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2003, Universidad Nacional de Quilmes, 2004.
- HUSMANN, Gloria y Graciela CHIALE, *La trampa de los manipuladores*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2008.
- ILLICH, Iván, *La sociedad desescolarizada*, Buenos Aires, Tierra del Sur, 2006.
- ILLUZ, Eva, *Intimidades congeladas. Las emociones en el capitalismo* (ttlo. orig.: *Cold Intimacies. The Making of Emotional Capitalism*, Frankfurt, 2006, trad. de Joaquín Ibarburu), Buenos Aires, Katz Editores, 2007.
- KORNBLIT, Ana Lía (coord.), *Violencia escolar y climas sociales*, Buenos Aires, Biblos, 2008.
- LEGENDRE, Pierre, *El tajo. Discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia* (ttlo. orig.: *Le balafre*, Paris, Fayard, 2007, trad. de Irene Agoff), Buenos Aires, Amorrortu, 2008. El pensamiento de este autor es notable. Abogado por su formación profesional, es profesor de Derecho Romano en la Universidad de París y director de estudios en la Escuela Práctica de Altos Estudios (sección V, Ciencias Religiosas). Su mensaje consistiría en algo así: la idea de conocimiento reglado, un cuerpo de conocimientos ajustados a reglas, esto es, a leyes, es una contribución a Occidente aportada por el Derecho Romano, o sea por la práctica y la doctrina del Derecho, dentro de una tradición judeorromano-cristiana y medieval. Ideas por igual no remanidas

APRENDER Y ENSEÑAR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK

expone respecto del Estado, al que conceptúa análogo a una iglesia, con el dogmatismo y verticalismo propios de ella.

- JAMES, William, *Psicología para profesores. Conferencias de...*, trad. de Paulina Dittborn Cordua, prólogo de Fernando Lolas Stepke, Santiago de Chile, Editorial Biblioteca Americana, 2005. Son textos extraídos de los *Writings*, 1878-1899. Con lucidez notable, el autor plantea la tensión vincular presente en las relaciones entre los profesores y los alumnos. Advierte así de la existencia de la asimetría entre ambos grupos –el docente y el alumnado–, así como de los fenómenos comunicacionales que se engloban con la expresión *paradoja del mensaje* (del tipo de las exhortaciones a estudiar o a amarse mutuamente).
- JAY GOULD, Stephen, *Ciencia versus religión. Un falso conflicto* (ttlo. orig.: *Rocks of Age. Science and Religion in the Fullness of Life*, 1999, trad. de Joandomènec Ros), Barcelona, Crítica, 2007.
- LITWIN, Edith, *El oficio de enseñar. Condiciones y contextos*, Buenos Aires, Paidós, 2008.
- *Las configuraciones didácticas. Una nueva agenda para la enseñanza superior*, Buenos Aires, Paidós, 1997 (1ª reimp., 2008).
- LOMAS, Carlos, *¿Iguales o diferentes? Género, diferencia sexual, lenguaje y educación*, Buenos Aires, Paidós, 1999.
- LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, México, Universidad Iberoamericana, 1996 (2ª reimp., 2007).
- MANTOVANI, Juan, *La educación y sus tres problemas*, Buenos Aires, Losada, 1943 (11ª ed., 1979).
- MARISCAL, Enrique, *María Montessori*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1992.
- MATURANA ROMESÍN, Humberto, con la colaboración de Sima Nisis, *Transformación en la convivencia*, Santiago de Chile, J. C. Sáez Editor, 2007.
- MCCOURT, Frank, *El profesor* (ttlo. orig.: *Teacher Man: A Memoir*, 2005, trad. de Laura Wittner), Bogotá, Verticales de Bolsillo, 2008.
- MEIRIEU, Philippe, *Frankenstein educador* (París, ESF, 1996, trad. de Emili Olcina), Barcelona, Laertes, 1998 (2ª reimp., 2003).
- MIGUEZ, Daniel (comp.), *Violencias y conflictos en las escuelas*, Buenos Aires, Paidós, 2008.
- MORIN, Edgar, *La cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento. Bases para una reforma educativa (La tête bien fait. Répenser la réforme. Réformer la pensée*, París, Éditions du Seuil, mayo de 1999, trad. de Paula Mahler), Buenos Aires, Nueva Visión, 1999 (6ª reimp., 2007).

- NASSIF, Ricardo, *Dewey, su pensamiento pedagógico*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1992.
- *Spranger, su pensamiento pedagógico*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993.
- PENNAC, Daniel, *Mal de escuela* (ttlo. orig.: *Chagirn d'ecole*, Gallimard, 2007, trad. de Manuel Serrat Crespo), Buenos Aires, Mondadori, 2008.
- PERÍCOLA, María Alejandra y Mario Héctor RESNIK, “La enseñanza de ‘Teoría del Estado’ en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 4, nro. 7, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 349 y s.
- PRAYONES, Eduardo, “Las reformas en la Facultad de Derecho, método de estudio y enseñanza del Derecho Civil”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, año 4, nro. 7, 2006, p. 293 y s. Reproduce la publicación original en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de Buenos Aires, 1911, pp. 339-384. El artículo, polémico, se publicó como consecuencia de debates suscitados en torno de la reforma del plan de estudios de Derecho Civil en la Facultad mencionada. Se observa que el centro de la enseñanza del Derecho en esos años parecía radicar en el Derecho Civil. Mantienen actualidad observaciones de Prayones sobre metodología de la enseñanza (propicia el método de casos) y las que formula respecto de la personalidad deseable en los docentes.
- RAVAGNAN, Luis M., *William James*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1992.
- RANCIÈRE, Jacques, *El maestro ignorante. Cinco lecciones sobre la emancipación intelectual* (ttlo. orig.: *Le maître ignorant. Cinq leçons sur l'emancipation intellectuelle*, Paris, Fayard, 1987, trad. de Núria Estrach), Barcelona, Laertes, 2003.
- RESNIK, Mario Héctor, “Sobre ‘Teoría del Estado’ y vías del conocimiento”, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 54, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 159 y s.
- RESNIK, Mario Héctor y María Alejandra PERÍCOLA, “La enseñanza de ‘Teoría del Estado’ en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”, en *Academia*, citada más arriba.
- ROUSSEAU, J. J., *Emilio*, 1762 (ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975; prólogo de Jerónimo Muñoz), dos volúmenes.

APRENDER Y ENSEÑAR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK

RUSSELL, Bertrand, *History of Western Philosophy and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Days*, Londres, 1946 (London, Unwin Papers, reimp. 1980).

SANJURJO, Liliana y Xulio RODRÍGUEZ, *Volver a pensar la clase. Las formas básicas de enseñar*, Rosario, Santa Fe, Homo Sapiens Ediciones, 2003 (2ª reimp., 2005).

SHOTTER, John, *Realidades conversacionales. La construcción de la vida a través del lenguaje* (título original: *Conversational Realities. Constructing Life through Language*, Londres, 1993, trad. de Eduardo Sinnott), Buenos Aires, Amorrortu, 2001.

SICILIANI, Norberto, *¡La escuela me tiene podrido! Digo, dicen, decimos...*, Buenos Aires, Librería y Editorial SB, 2008.

Actualidad
universitaria

Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin* con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Alicante**

La Universidad de Alicante publicó los discursos pronunciados por los Dres. Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Elías Díaz García y Ernesto Garzón Valdés con motivo de su investidura como doctores honoris causa por esa Universidad. Presentamos a continuación el discurso del profesor emérito y ex decano de nuestra Facultad, Dr. Eugenio Bulygin.

MI FILOSOFÍA DEL DERECHO

Se me ha sugerido que hablara sobre mi filosofía del derecho. No sé si existe tal cosa como “mi filosofía del derecho”, pero en todo caso preferiría referirme a algunas características de mis (a esta altura ya bastante numerosos) escritos sobre temas de filosofía jurídica, que han provocado frecuentes cuestionamientos, inclusive de no pocos de mis amigos. Más de una vez me han reprochado mi ocupación preponderante con la lógica, mi positivismo jurídico, la concepción de la ciencia jurídica como ciencia puramente descriptiva y no valorativa (*wertfreie Wissenschaft*) y *last but not least* mi escepticismo ético. Trataré de esbozar algunas respuestas a estos reproches.

1. LÓGICA

Es cierto que la lógica ha figurado en el centro de mis ocupaciones con filosofía del derecho. Eso se debe en buena medida a la influencia

* Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Publicado originalmente en la página web Universidad de Alicante, Gabinete de Protocolo, sección General, edición 135, noviembre de 2008 [en línea] <<http://www.ua.es/es/congresos/protocolo/eventos/honoris/bulygin08/discursobulygin.html>> [consulta: 18 de diciembre de 2008].

de dos grandes lógicos y filósofos: Georg Henrik von Wright y Carlos Eduardo Alchourrón. Los dos han dejado una profunda huella en mi vida y en mi actividad filosófica. Con Carlos Alchourrón hemos trabajado juntos a lo largo de cuarenta años. De más está decir que la gran mayoría de las ideas contenidas en los libros y artículos que publicamos juntos provenía de Carlos Alchourrón. Y si bien es cierto que últimamente me he ocupado de otros temas, sigo pensando que la lógica es fundamental para la filosofía del Derecho.

Podría hacerse la pregunta y me la han planteado muchas veces: ¿Por qué la lógica? ¿Por qué no ocuparse más de la realidad jurídica? La respuesta es muy sencilla: la filosofía en general y la filosofía del Derecho en particular no se ocupan de la realidad, porque para eso están las distintas ciencias y entre ellas la ciencia jurídica. La filosofía se ocupa de los aspectos necesarios de la realidad, llámense éstos ideas, categorías, conceptos o síntesis a priori. Esto implica una adhesión a la idea de que la filosofía es sustancialmente análisis conceptual. Vistas las cosas desde esta perspectiva, la filosofía del Derecho consiste básicamente en el análisis del aparato conceptual con que los juristas piensan este fenómeno complejo que es el derecho. Así lo han entendido los grandes filósofos del derecho, desde Platón, Santo Tomás y Suárez hasta Kelsen y Hart, pasando por Hobbes, Kant y Bentham. Es cierto que ellos no usaban mucho las herramientas lógicas en sus análisis, pero esto se debió al hecho histórico de que la lógica en su forma actual fue desarrollada muy tardíamente hacia los finales del siglo XIX y en el siglo XX con los trabajos pioneros de Boole, Russell y sobre todo Frege. El interés de los filósofos del derecho por la lógica moderna se debe en gran medida a la obra de G. H. von Wright, quien sin ser jurista, ha ejercido una gran influencia en la filosofía jurídica, especialmente en Argentina, España e Italia.

Los ataques contra el uso de la lógica en derecho provienen por lo general de juristas cuyos conocimientos de la lógica son escasos. Esto no me preocupa. Pero en los últimos tiempos hubo cuestionamientos por parte de algunos lógicos, cosa que me parece más preocupante. Confío, sin embargo, en que se trata más bien de un malentendido que de una verdadera discrepancia.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico como posición filosófica consiste básicamente en distinguir entre la descripción del derecho positivo y su valoración como justo o injusto. Esto implica reconocer que la palabra “derecho” no es un término laudatorio y los órdenes jurídicos, siendo productos de la actividad humana, pueden ser buenos o malos, justos o injustos. Pero para poder valorar y criticar el derecho hay que conocerlo: el conocimiento de un objeto es lógicamente previo a su valoración. Así lo han entendido todos los grandes positivistas jurídicos: desde Bentham y Austin hasta Kelsen, Alf Ross, Hart y Bobbio. Sostener que un Derecho injusto no es Derecho, como ocurre con la famosa fórmula de Radbruch, se reduce en el fondo a una mera propuesta de cambio de nombre: en vez de llamar “derecho” a las normas injustas, las llamamos de otro modo, pero el cambio de nombre no cambia las cosas y no elimina las injusticias.

Es cierto que en la actualidad el positivismo jurídico parece estar a la defensiva. No sólo sufre embates de varios lados, del jusnaturalismo por la derecha, de la llamada filosofía crítica por la izquierda, sino incluso de los positivistas mismos. Así, Ricardo Guibourg me dijo hace poco: “Vos y yo somos positivistas, lo que nos convierte en ejemplares de una especie en peligro de extinción. Cada vez hay menos positivistas. Yo mismo he dicho, no sin alguna amargura, que el positivismo perdió la partida cuando el legislador, que es su gran referente, se hizo jusnaturalista”. Riccardo Guastini dijo en una carta con referencia a mi libro *El positivismo jurídico*:

Mala *tempora currunt* para el positivismo. Por ello, publicar un lindo libro duramente positivista me parece muy oportuno, aun cuando, me temo, inútil (...) El jusnaturalismo avanza en todo el mundo y el positivismo va hacia una derrota total.

Y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han publicado hace poco un artículo con el sugestivo título *Dejemos atrás el positivismo*.

Todos ellos pensadores importantes, cuya obra me parece admirable y además se trata de grandes y queridos amigos.

Discrepo, sin embargo, con estos diagnósticos pesimistas. Aun cuando sea verdad que ha disminuido el número de positivistas y se ha incrementado el de jusnaturalistas de distintas orientaciones, no me parece que esto sea realmente alarmante. Lo que sucede es que la palabra “positivista” adquirió en los últimos tiempos un tinte peyorativo, cosa que no ocurría antes. Autores como Kelsen, Hart o Bobbio no tenían reparos en proclamarse positivistas y lo hacían con orgullo. Esto explica en parte por qué hoy en día muchos positivistas prefieren usar calificativos atenuantes; así se habla de positivismo suave, excluyente, incluyente, etcétera.

En lo referente a las ideas jusnaturalistas de los legisladores y constituyentes no me parece que sea algo nuevo. Antes invocaban a Dios para sostener el derecho divino de los reyes o para afirmar que es fuente de toda razón y justicia, y ahora recurren a la libertad y a los derechos humanos. Pero no veo de qué manera esas ideas, más o menos respetables, pueden influir en la filosofía del Derecho.

En consecuencia, a pesar de las exhortaciones de Manolo y Juan no pienso dejar atrás el positivismo.

3. LA CIENCIA JURÍDICA

No sólo creo, con Max Weber y Kelsen, en la posibilidad de una ciencia jurídica puramente descriptiva, sino que estoy dispuesto a pensar que “ciencia no valorativa” es un pleonismo y “ciencia valorativa” se acerca mucho a una contradicción en términos. Toda ciencia, en la medida en que es ciencia, no hace valoraciones, y en la medida en que valora, no es ciencia. Creo esto porque la ciencia es un conjunto de enunciados verdaderos y ordenados sistemáticamente que nos transmiten conocimientos acerca de una determinada porción del universo. No veo por qué la ciencia del Derecho ha de ser una excepción.

Claro que no todo lo que hacen los jueces, los abogados y los juristas en general es ciencia. Pero en la medida en que describen el Derecho y no hacen valoraciones, su actividad puede ser calificada de científica. La ciencia jurídica es indispensable si uno quiere saber en qué consiste la técnica específica de la regulación de conductas sociales llamada “derecho”, cuáles son sus posibilidades y sus límites. Incluso si uno considera

que uno de los fines del Derecho es mejorar la sociedad, mal podría lograrse ese fin si no se sabe bien en qué consiste el Derecho. Y para saberlo hace falta una ciencia del Derecho.

Me parece fundamental no confundir ciencia con política. La política es esencialmente valoración, consiste en la elección de lo que juzgamos mejor para alcanzar ciertos fines. La ciencia se ocupa del conocimiento, es decir, de la verdad. Sus afirmaciones están sujetas al control racional: pueden ser verificadas o falseadas. Esto no excluye en absoluto la posibilidad de una ciencia política, pues, nada obsta a que se describan las valoraciones. Pero tanto la ciencia política, como la jurídica, dejan de ser ciencias si se convierten en valoraciones, es decir, en política.

Es indeseable y hasta peligroso esperar de las ciencias más de lo que pueden dar. En cierto momento histórico (siglo XIX) se creyó que la ciencia podía resolver los problemas políticos y sociales. Lamentablemente esta tendencia estaba asociada al positivismo de Spencer y de Comte. Creo que este hecho contribuyó al desprestigio de la palabra "positivismo". Pero es importante tener presente que el positivismo jurídico de Kelsen, Hart o Bobbio, así como el positivismo lógico de Schlick o Carnal, nada tienen que ver con ese positivismo desacreditado.

4. ESCEPTICISMO AXIOLÓGICO

Uno de los reproches más frecuentes que se me han hecho (incluso por mis amigos) es que soy un escéptico que no cree en la democracia, en los derechos humanos o en la verdad moral. Esto es parcialmente, pero sólo parcialmente, cierto. La verdad es que yo no soy un escéptico total, creo en muchas cosas, tengo bastante firmes convicciones políticas o estéticas por la sencilla razón de que tales juicios dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos, que por respetables que sean no son susceptibles del control racional.

En la medida en que esos juicios dependen de factores emocionales, no son verdaderos ni falsos. Esto no implica que no sean importantes; hay gente que sacrifica su vida por sus ideales políticos, morales o religiosos, pero una cosa es la importancia y otra muy distinta la verdad.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DR. EUGENIO BULYGIN CON MOTIVO DE SU INVESTIDURA COMO DOCTOR HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Estoy firmemente convencido de que Mozart es más valioso que Johann Strauss, que la catedral de Chartres le supera en belleza al monumento a Vittorio Emmanuele, que Gandhi es moralmente superior a Bush, que la democracia es preferible a una dictadura, que una botella de un buen tinto es mejor que Coca-Cola. Pero no creo que todo esto sean verdades.

Por consiguiente, seguiré incurriendo en mis herejías, cosa que no me impide gozar de obras artísticas, criticar a malos políticos, respetar los derechos humanos y disfrutar de manjares culinarios.

El profesor Dr. Robert Alexy* fue investido como doctor honoris causa por la Universidad de Buenos Aires**

El destacado jurista alemán fue distinguido en el marco del Seminario Internacional de Derechos Fundamentales, organizado conjuntamente por el Servicio Alemán de Intercambio Académico y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Con motivo de la visita a nuestro país del Dr. Robert Alexy, ocasionada por la entrega de la máxima distinción que las universidades del mundo entregan a los más destacados profesionales, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Servicio Alemán de Intercambio Académico organizaron durante los días 7, 8 y 9 del pasado mes de octubre el Seminario Internacional de Derechos Fundamentales. En el primer día del seminario, tuvo lugar el acto por el cual el Dr. Alexy fue investido como doctor honoris causa por la Universidad de Buenos Aires. En la ocasión se hicieron presentes la secretaria académica de la UBA: Dra. Edith Litwin (en representación del rector Prof. Dr. Rubén Hallú), el decano de la Facultad: profesor emérito Atilio A. Alterini, el secretario académico de nuestra Facultad: Prof. Gonzalo Álvarez, el cónsul de la República Federal de Alemania en Argentina: Sr. Félix Schwarz, el profesor de Derecho Público de la Otto-Friedrich Universität Bamberg: Dr. Jan Sieckmann; el secretario de Investigación: Prof. Eduardo Barbarosch, y el rector de la Universidad de San Andrés, Dr. Carlos F. Rosenkrantz.

Con el objetivo de testimoniar la enorme influencia que el profesor Alexy ha tenido y tiene sobre todos aquellos que independientemente

* Filósofo del Derecho alemán. Es catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel y doctor honoris causa de la Universidad de Alicante (2008).

** Publicado originalmente en *Derecho al Día*, año VII, nro. 136, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, noviembre de 2008 [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/nota.php?ided=137&idsec=17¬a=2711>> [consulta: 18 de diciembre de 2008].

de haber tenido contactos personales previos con él, están interesados en responder las preguntas centrales de la filosofía jurídica, el Dr. Carlos F. Rosenkrantz pronunció la *laudatio* académica del homenajeado.

Luego de realizar una breve descripción biográfica de los hechos más salientes de su vida académica, el Dr. Rosenkantz remarcó que Alexy es un filósofo preocupado por los grandes problemas de la filosofía jurídica y que ha expandido la frontera de nuestro entendimiento, de modo que cada una de sus ideas justifica la distinción académica recibida.

A continuación, aclaró que vista en conjunto la obra del profesor Alexy, resulta relevante debido a la importante contribución que ha significado respecto a las particularidades de la normatividad del Derecho. Por otra parte, hizo referencia a la afirmación del homenajeado relativa al hecho de que el Derecho tiene una pretensión de corrección imposible de negar dado la insensatez. “Contradicción performativa, dice Alexy, de afirmar o sancionar una constitución o cualquier norma jurídica y afirmar, al mismo tiempo, que dicha constitución o norma jurídica es injusta”, sintetizó. En este sentido, consideró que quien sanciona una norma jurídica debe, por razones conceptuales, creer en la justicia de lo que sancione, no porque sea imposible sancionar algo injusto sino porque lo así sancionado no podría contar como Derecho.

“A mi criterio, la gran contribución de la obra del profesor Alexy, cuando ella es vista en conjunto, es que nos ayuda a entender que el Derecho posee normatividad que no deriva íntegramente de la normatividad de la moral”, aseveró el Dr. Rosenkrantz, para luego asegurar que, de acuerdo con el criterio del homenajeado, el Derecho tiene un mínimo de moralidad e incorpora elementos de las concepciones socialmente existentes de la moralidad crítica. En idéntica tesitura, estimó como una gran contribución a la filosofía jurídica contemporánea la idea de que el Derecho posee una normatividad que expande la normatividad de la moral, por oposición a la idea de que el Derecho tiene una normatividad parasitaria de la moral. En otro orden de ideas, declaró que la normatividad inmanente del Derecho nos posibilita explicar por qué en una comunidad democrática debemos someternos al Derecho, incluso en aquellos casos en que lo que es jurídicamente debido no coincide con lo demandado por nuestra moralidad personal.

Luego de recibir el diploma y la medalla que lo acreditan como doctor honoris causa de nuestra Universidad, el profesor Dr. Robert Alexy pronunció una conferencia magistral sobre "La construcción de los derechos fundamentales". Preliminarmente, entendió que existen, en general, dos construcciones posibles de los derechos: la construcción como regla y la construcción como principios. Además, agregó que, si bien ninguna de las dos puede ser realizada en su forma pura, representan diferentes ideas de las cuales dependen casi todas las soluciones de los problemas actuales que se le plantean a la dogmática de los derechos fundamentales. En consecuencia, las respuestas que se ofrezcan producen consecuencias para la estructura del sistema jurídico en general. Así, dedujo que la pregunta acerca de la construcción más adecuada de los derechos fundamentales formula no sólo un problema teórico interesante, sino que posee un sentido bien práctico y "es una de las cuestiones centrales del constitucionalismo".

Por su parte, comentó que la construcción como reglas parte de que "las reglas son mandatos definitivos" cuya forma de aplicación es la subsunción, y la distinguió de los principios, que serían mandatos de optimización.

Posteriormente se refirió a la construcción de los derechos fundamentales como principios y presentó el núcleo de esta construcción a partir de la relación necesaria y recíproca entre los derechos fundamentales entendidos como principios y el principio de proporcionalidad, incluidos sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por último, expuso su punto de vista relativo a las diversas objeciones que se formulan contra su propuesta, las cuales provienen de las teorías de las normas; desde las teorías argumentativas; las teorías interpretativas; las teorías sobre la validez y la teoría de las ciencias. En la exposición se detuvo en debilitar la llamada objeción del irracionalismo que se formula, en especial, en contra de la ponderación como parte del principio de proporcionalidad. Recordó la formulación de la "ley de la ponderación", que estructura la argumentación iusfundamental para vincularla con la llamada "fórmula del peso". Para concluir, sostuvo que la ponderación es la forma de argumentación del discurso jurídico racional. Esta tesis conecta su teoría de los derechos fundamentales con lo desarrollado anteriormente en la teoría de la argumentación jurídica.

Presentación de la Carrera de Especialización y la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

El 2 de diciembre del pasado año tuvo lugar en el Salón Verde de la Facultad de Derecho la presentación de la Carrera de Especialización y la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La directora de ambos posgrados será la presidenta de Eudeba, directora del Programa de Derechos Humanos de la UBA (Universidad de Buenos Aires) y profesora titular de nuestra Facultad, la Dra. Mónica Pinto.

Con la creación de ambos posgrados, la UBA ha generado un nuevo espacio académico con una específica orientación en el área de los derechos humanos en niveles distintos del Doctorado.

Se trata de un proyecto que apunta a la preparación de graduados universitarios para defender y hacer efectivos los derechos humanos protegidos en tratados internacionales, todos ellos de rango superior a la ley o incluso de rango constitucional, lo cual significa formar especialistas que protejan la democracia y el Estado de Derecho. La Dra. Pinto señaló:

Estos proyectos son más que pertinentes a la luz del objetivo claro de la UBA de alfabetizar a todos sus estudiantes en materia de derechos humanos. Ellos apuntan a construir una ciudadanía responsable, a considerar a los derechos humanos como un aspecto de responsabilidad profesional, ética y social en todos los campos de la investigación, el estudio, la enseñanza y el trabajo, a dotar de habilidades y destrezas para su manejo profesional y a generar un espacio de análisis y debate académico.

* Publicado originalmente en *Derecho al Día*, nro. 136, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2008 [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/buscar.php>> [consulta: 6 de febrero de 2009].

PRESENTACIÓN DE LA CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN Y LA MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se trata de dos ofertas articuladas por un sistema de créditos que tienen un enfoque interdisciplinario imprescindible atento a las características de los derechos humanos. Por ello, se prevén cursos, talleres y seminarios a cargo de especialistas en diversas áreas como: antropología, sociología, ciencia política, políticas públicas. Esto significa emplear metodologías de trabajo que superen la mera sumatoria de conocimientos para obtener un producto común, resultado de la articulación de las distintas disciplinas, tanto en los trabajos de investigación como en las evaluaciones del ordenamiento legal y las eventuales propuestas de reforma.

Además, la Dra. Pinto destacó que, en su mayoría, el plantel docente está integrado por reconocidos especialistas en los distintos temas y son graduados en esta Universidad, lo que demuestra la importancia y la validez de la actividad académica de la UBA en este ámbito.

El esquema de cursos es de 414 horas cursadas para la Carrera y de 144 más para la Maestría con otras 160 horas para la preparación de la tesis. Se trata de nueve cursos de 30 horas cada uno en el primer año que constituyen el ciclo troncal obligatorio, 288 horas en seminarios de 18 horas cada uno para la Carrera y 144 más con la misma modalidad para la Maestría.

Presentación del Programa de Enseñanza de Derecho Internacional de los Refugiados*

El pasado 3 de diciembre se realizó en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho el acto de presentación del Programa de Enseñanza de Derecho Internacional de los Refugiados. El evento contó con la exposición de un panel conformado por destacados especialistas en la temática. En primer lugar, hizo uso de la palabra el representante regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para el Sur de América Latina, Cristian Koch-Castro; sucesivamente, expusieron sus puntos de vista el director de la Unidad Legal Regional para las Américas del ACNUR, Dr. Juan Carlos Murillo; la directora del Programa de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires, Dra. Mónica Pinto, y el Dr. Nicolás Espejo Yaksic, profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de Chile.

En opinión de Cristian Koch-Castro, “esta presentación, de alguna manera, forma parte de la iniciativa que, desde hace un tiempo, la oficina regional del ACNUR junto con la UBA están llevando a cabo”. En este sentido, recordó que las actividades se han potenciado a partir de la instauración de la Cátedra Sergio Vieira de Mello en el año 2003. A continuación, destacó que dentro de aquella iniciativa se encuentra el Programa de enseñanza, de capacitación conjunta y de difusión del Derecho Internacional de los Refugiados. No obstante ello, afirmó que las actividades académicas resultan colaterales a “nuestra función primordial de asistencia, protección, búsqueda de soluciones a la problemática de aquellas personas que llegan al país en busca de refugio”. Para concluir, señaló que, en un mundo cuya globalización ha trascendido el ámbito

* Publicado originalmente en *Derecho al Día*, nro. 136, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2008 [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/buscar.php>> [consulta: 6 de febrero de 2009].

financiero y el movimiento de personas de una gran velocidad, no estaría errado pensar que tenemos que prepararnos para recibir flujos crecientes de personas.

A su turno, el Dr. Juan Carlos Murillo explicó que el Derecho Internacional de Refugiados puede abordarse desde diferentes puntos de vista. De esta manera, entendió que, en un mundo que se dice solidario, pero en la práctica levanta barreras y murallas frente a quienes necesitan protección internacional, la comunidad internacional debe asumir un papel respecto a los refugiados que responde a nuevas causas, como ambientales, ecológicas y económicas. En lo que hace al interés por la enseñanza de la disciplina, argumentó que radica en la necesidad de generar un espacio de discusión que permita reflexionar acerca de los retos, oportunidades y modos de adoptar interpretaciones consistentes, armoniosas y coherentes con el fin de la Convención de 1951. Asimismo, aseveró que ello tiene un sentido particular en tanto es deseable promover, en las aulas universitarias, una cultura de respeto, tolerancia y solidaridad entre los estudiantes. Por ello, se manifestó a favor de posicionar a las universidades no sólo como un factor de cambio, sino igualmente como un espacio que pueda generar protección y brindar servicios a los solicitantes y a los refugiados, un espacio en el que los refugiados puedan ser educados pero, particularmente, un espacio de proyección a la comunidad.

La Dra. Mónica Pinto, en primer lugar, se refirió a la alfabetización en Derechos Humanos que nuestra Universidad lleva a cabo en el marco del Programa homónimo. Entre sus objetivos, subrayó el de formación de ciudadanía; entretanto, reconoció como otra de las metas trascendentales colocar a cada estudiante de la universidad pública en una mejor posición relativa para poder entender el tema de los Derechos Humanos dentro de su respectiva tarea profesional. “No se pretende reemplazar otros contenidos, sino verlos desde otra mirada”, sintetizó. En consecuencia, el Programa pretende que todos adquieran una visión de Derechos Humanos y que se den cuenta de que en situaciones de la vida cotidiana la cuestión no pasa necesariamente por un tribunal.

En segundo lugar, estimó que la cuestión del Derecho Internacional de los Refugiados formará parte –en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires– no sólo de cursos generales, sino también de las iniciativas

que cada una de las Casas de estudio pueda adoptar. Luego, consideró que en un contexto de protección de la libertad y de la dignidad de todas las personas en condiciones de igualdad y con características universales como un mandato internacional cuyo incumplimiento genera responsabilidad, la ecuación de Derechos Humanos ya no es una ecuación disponible. “El Estado tiene obligaciones que cumplir, al igual que la ciudadanía”, sintetizó. En idéntica tesitura, señaló que las ciudadanías excesivamente tolerantes de las arbitrariedades en el uso del poder permiten lecturas equivocadas de la posibilidad de disponer de sus derechos y entendió que dicho fenómeno es recurrente y no requiere de regímenes dictatoriales para que suceda.

Hacia el final de su exposición, indicó que la lectura de Derechos Humanos es global y, evidentemente, trabajando en Derecho Internacional de los Refugiados dentro del contexto de los Derechos Humanos hay criterios residuales de interpretación que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone a disposición. “Esta herramienta será útil para quienes deban tomar decisiones acerca de la implementación de los contenidos básicos y su conjugación con las necesidades específicas de cada área de estudio”, concluyó.

En último lugar, el Dr. Nicolás Espejo Yaksic reconoció el trabajo de la Dra. Mónica Pinto por el logro de una modificación de la matriz conceptual e ideológica del Derecho. En cuanto a los refugiados, afirmó que la experiencia por ellos vivida es de desarraigo e implica un acercamiento especialmente sensible del Derecho. Por ello, aseguró que una de las contribuciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos parece estar en prestar atención a una visión integral de acercamiento a problemas que incluya el cruce de disciplinas que forman el *corpus iuris* del Derecho Internacional. Asimismo, opinó que la experiencia de desarraigo en Facultades de países donde la desigualdad y la exclusión son características intrínsecas de sus sistemas políticos, económicos y sociales importa que aquéllas no tengan otra opción que asumir su responsabilidad moral y prestar atención a las vicisitudes propias de una experiencia mediante la cual se vivencia una de las más intensas situaciones de vulnerabilidad.

Finalmente, comentó algunas de las prácticas realizadas en Chile en lo concerniente a diferentes trabajos relativos a los refugiados.

Red Argentina de Posgrados en Educación Superior Revista Argentina de Educación Superior*

Buenos Aires, 1º de octubre de 2008

Estimadas/os colegas:

En el mes de junio de 2005 los responsables académicos de los Posgrados en Educación Superior de las universidades nacionales argentinas crearon la Red Argentina de Posgrados en Educación Superior (RAPES).

Este año la Red decidió poner en marcha la Revista Argentina de Educación Superior para que se constituya en un espacio de intercambio y diseminación académica de carácter riguroso y sistemático, de investigaciones y trabajos que se están desarrollando en el ámbito de la educación superior argentina en otros países de la región y fuera de ella, para lo que se conformó un Comité Editorial de la Revista y un Comité Académico Internacional.

La publicación será de carácter seriada, periódica y especializada. La revista incluirá una sección editorial a cargo de los editores responsables del número, una serie de reseñas bibliográficas, una sección monográfica a pedido y una serie de artículos con una estricta evaluación por pares a publicar en cada número. Para interiorizarse de las características del proceso editorial y las normas generales de presentación de los artículos consulte el Anexo I.

Hasta el 28 de febrero de 2009 se recibieron trabajos para evaluar su publicación que será editada en el número 1 de la Revista Argentina de Educación Superior en la primera mitad del año 2009. La dirección editorial de la Revista creyó conveniente que, en el marco de la RAPES, el

* Presentación de la *Revista Argentina de Posgrados en Educación Superior* (RAPES) y primer llamado para la presentación de artículos.

primer número se dedique a artículos sobre: “La Formación de Posgrado en la Educación Superior”. Además de consultar el Anexo I, se recomienda a los interesados consultar el modelo de citación que deberán presentar los artículos.

Los artículos deben enviarse en formato electrónico y en papel a:

Prof. Norberto Fernández Lamarra

Revista Argentina de Educación Superior

Universidad Nacional de Tres de Febrero

Av. Santa Fe 794, 3^{er} Piso. C1059ABO Ciudad Autónoma de Buenos Aires

raes@untref.edu.ar

Esperamos que esta nueva Revista contribuya –desde lo académico– al mejoramiento y a una mayor pertinencia y calidad de la educación superior argentina y de otros países, así mismo que se constituya en un ámbito adecuado para la reflexión, el análisis y el debate sobre la situación actual y el futuro de las universidades.

Muy cordialmente,

Prof. Norberto Fernández Lamarra. Director

Prof. Nelly Mainero. Coordinadora

Revista Argentina de Educación Superior (RAPES)

Bibliográficas

Reseña bibliográfica de: *Francisco Manuel de Herrera, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires (1789-1799). Derecho, asuntos indígenas, religión, administración, economía**

NANCY CARDINAUX**

Este libro es el último de una trilogía que Abelardo Levaggi ha dedicado a los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires. El título incluye un nombre propio, un cargo y un período; el subtítulo presenta los principales ejes temáticos. Dice Martín Amis al comenzar una de sus novelas: "Hay dos clases de títulos -dos categorías, dos órdenes-. La primera clase de título opta por un nombre para algo que ya está ahí. La segunda clase de título está presente todo el tiempo: vive y respira, o lo intenta, en cada página".¹ Aunque el título de este libro parezca corresponder al primer tipo, creo que es del segundo porque a medida que el lector recorra el libro, descubrirá un personaje, un carácter, una época, una manera de escribir y de pensar que viven y respiran en cada página y en cada documento.

El formato de presentación es original. El impreso viene acompañado de un CD que contiene documentos cuyos sumarios ocupan las primeras ciento diez páginas del libro. Algunas más insumen los índices que permitirán al lector navegar entre los documentos en busca de los más diversos temas. El texto es pues en gran parte una guía construida por

* LEVAGGI, Abelardo, *Francisco Manuel de Herrera, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires (1789-1799). Derecho, asuntos indígenas, religión, administración, economía*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2008.

** Abogada, Especialista en Sociología Jurídica y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET. Profesora adjunta regular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ *Campos de Londres*, Barcelona, Anagrama, 2005, p. 9.

Levaggi para que los lectores tengan disponibles, ordenados y sistematizados los documentos a través de los cuales se pueden ver reflejadas cuantas aristas el lector quiera indagar de la administración de justicia durante la última década del siglo XVIII.

En el medio del libro, el análisis de Levaggi articula y dota de sentido al conjunto y nos deja ver al personaje antes, durante y después de su período como fiscal en Buenos Aires. Hay retazos de su vida privada, una breve contextualización y fundamentalmente la reconstrucción de la doctrina y las nociones jurídicas que subyacen a los documentos. Levaggi también incorpora a su semblanza las representaciones de Herrera acerca de los operadores jurídicos de su tiempo, del medio en que desarrollaban su tarea, de los personajes. Todo ello lo hace en pocos trazos, tan firmes como sutiles.

Si bien la elección del personaje descansa en los previos trabajos sobre los antecesores de Herrera en el cargo, entiendo que este libro queda plenamente justificado como un trabajo autónomo. Y aunque toma como materia prima la producción de una persona que ocupa un cargo durante un período, no lo hace con afán biográfico. El enunciador es quien permite desplegar el caleidoscopio de una época; su nombre permite titular el libro pero en él respira mucho más que una persona. Dice Levaggi de Herrera:

Su opinión gozó de predicamento y fue, generalmente, compartida por las autoridades superiores. Sin haberse hecho notable por su originalidad o erudición, sirvió con honestidad al esencial y muy noble fin de la administración de justicia. Para nosotros, reviste interés como expositor del Derecho usual de la época, y juicioso observador y crítico de personajes y hechos de la sociedad virreinal (pp. 176/177).

Como suelen aseverar los investigadores cualitativos, acaso la falta de originalidad sea el mejor argumento para seleccionar al personaje y no porque eso avale su "representatividad" sino porque son éstos los actores que mejor dejan entrever el escenario. A fin o a principio de cuentas, como dice el Tiresias recreado por Friedrich Dürrenmatt, "no hay historias secundarias. Todo está relacionado. Si remueves una parte, se remueve el todo".²

² *La muerte de la pitia*, Barcelona, Tusquets, 1990, p. 151.

Levaggi muestra el fruto de sus hallazgos y produce hipótesis acerca de aquello que le fue esquivo. Así, por ejemplo, ante la demora en la asunción de su cargo de fiscal, el historiador escruta las palabras del secretario de la corona, coligiendo que una censura moral podía ser la causa de tal retardo, aunque luego se pregunta con respecto a tal censura: “¿No habrá sido la de su envío a Ultramar?”. Del mismo modo se interroga acerca de ciertas ausencias en su biblioteca o de otras demoras en la asunción de cargos. Causas y consecuencias sólo se pueden atisbar en los datos de la biografía de un personaje en tiempos en que la escritura no se dejaba transitar por hechos que quedaban amparados por la reserva ética y estética.

La reconstrucción histórica entramada en un relato minucioso y ameno, que da cuenta de las múltiples competencias del fiscal y de la recarga de trabajo que sufre, desliza sutilmente aquellos rasgos que acaso son propios también de nuestra época y constituye acaso arquetipos porque, como dice un personaje de César Aira, “(e)l respeto a las formas no es tanto la conservación de lo mismo como la observancia del ritmo con que lo mismo adopta diversas formas”.³ Levaggi indaga ese ritmo, a la par que pone el acento en la sistematización de la doctrina penal de Herrera y en la caracterización de sus argumentos en la función acusatoria y de protector de los indígenas que le cabe ejercer. La observación del ritmo le permite también al historiador marcar las contradicciones del personaje, sus desvelos, su carácter agonal y su preocupación por conocer los hechos más allá de las normas.

Es un personaje polémico, “áspero” –como lo define Levaggi– en sus palabras dirigidas a quienes juzgaba que se apartaban de sus deberes, ya estuvieran en posiciones superiores o inferiores a la suya. Esa aspereza muchas veces roza lo personal, y esto es acaso lógico en un tiempo en que los hombres están haciendo las instituciones. Seguramente es mucho lo que no se escribe y lo que el historiador puede a tientas adivinar entrelíneas, pero también es vasto aquello que salta a la vista de un estilo que marca el carácter del personaje. Y digo “personaje” con cuidado, porque –más allá del título– no parece ser la intención de Levaggi construir un personaje sino presentárnoslo para que dialoguemos con su pro-

³ *Una novela china*, Buenos Aires, DeBolsillo, 2005, p. 21.

ducción escrita. Es institucional el objetivo de la investigación y eso es acaso lo que hace que este libro cobre mayor altura.

Ante la aparición de un libro, siempre cabe preguntarse quiénes pueden ser sus lectores. Más allá del lógico interés que despertará entre los historiadores del Derecho, entiendo que la lectura de los resultados de esta larga investigación será también de gran utilidad para quienes investiguen el Derecho desde cualquier disciplina. Es un insumo importante a la espera de ser reindagado y también es un faro que marca un trayecto a recorrer por quienes se inician en la investigación o por quienes provenimos de ciencias que no tienen el rigor en el tratamiento documental que puede mostrar la historia. La materia prima que ha seleccionado y presenta Levaggi es un aporte fundamental porque los documentos están mapeados, organizados, listos para ser usados. Y ésta es la primera tarea a realizar cuando trabajamos con documentos, cualquiera sea la época de la que nos lleguen y sin importar en qué disciplina nos hayamos formado.

Estoy comentando un muy buen libro, y ésta es acaso la mejor razón para recomendarlo. En un tiempo en que los productos culturales suelen calificarse con un número, generalmente representado por estrellas, para que el futuro espectador o lector se oriente sin necesidad de argumentos, tal vez no haga falta más que decir que se trata de un muy buen libro. Pero me gustaría decir algo más, un llamado de atención, como cuando se advierte acerca de algo que puede ofender o conmover al destinatario. Si bien todos los textos se completan en la lectura, es éste un libro particular, delicada y cuidadosamente incompleto. Y lo es porque parece estar llamando al lector a la investigación. Es un rasgo que se me antoja curioso, porque en general quienes no nos dedicamos a la historia, vemos en los textos de historia más un punto de apoyo que un motivo de trabajo. No promete descanso este libro porque presenta un material tan inquietante que si el lector –como en mi caso– no está trabajando un tema que linde con la época o los temas abarcados, lo lamentará y lo guardará con la esperanza de volver a él. Así como en la cocina tradicional se elige la receta según los frutos de estación, este libro deja la sensación de ser un excelente fruto de estación que amerita ser incorporado a buenas recetas. Le dará consistencia y sabor a cualquier proyecto de investigación que lo incluya entre sus materias primas.

Advertido está pues el lector acerca de que este texto plantea más preguntas que respuestas y por lo tanto no genera una sensación de descanso sino que llama a la investigación. Más allá y más acá de la discusión epistémica, si damos por supuesto que el trabajo de investigación es acumulativo, o si al menos lo es en cierto rango de líneas o modelos, este libro está pensado para un lector que siga investigando. Esa recuperación de la acumulación, esa preocupación por generar material de futuras investigaciones, por trazar una línea que claramente excede a la investigación historiográfica para incluir a juristas que no fincan en la historia su trabajo, marcan una ética del investigador, que se asume como *posta* y pone su producto en diálogo, al interior y al exterior de su disciplina. Es ésta una calidad ética que resulta irreductible al número por más dibujos de estrellas que lo acompañen.

Reseña bibliográfica de: *Poder académico y educación legal**

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI**

La presente obra abarca una singular compilación de artículos sobre el poder, la vinculación de este último con el ámbito académico y con la enseñanza del derecho (fundamentalmente enfocado tanto desde el contexto europeo en general como desde las facultades de Derecho españolas en particular). Su introducción a cargo de uno de sus coordinadores, Roberto Bergalli, detalla el arduo trabajo incorporado a lo largo de las 191 páginas del libro y que resulta realmente novedoso, crítico e interesante. En efecto, cada una de estas adjetivaciones encuentra su verdadero fundamento a lo largo de la lectura de cada uno de los artículos que han sido coherentemente editados y que facilitan al lector mantener el hilo conductor del conjunto, el que se ve continuamente enriquecido ante los desafíos, inquietudes, anécdotas y comentarios de fuerte rigor científico que presentan los distintos autores.

El fascículo que compone este número de Desafío(s) se encuentra dividido en dos partes: una de "Contribuciones" y otra de "Misceláneas". La primera parte, comprende cinco trabajos. El tema que los agrupa es como dijimos sólo uno, la relación poder académico y educación legal; más los enfoques y aspectos estudiados a partir de dicha relación, múltiples y de profundo análisis crítico y documentado.

El primer ensayo pertenece a Gustavo Cosacov, profesor de la Universidad de Córdoba e investigador independiente del CONICET. Su trabajo describe con destreza un abordaje de la compleja cuestión del

* BERGALLI, Roberto e Iñaki RIVERA BEIRAS (coords.), *Poder académico y educación legal*, Barcelona, Rubí, Anthropos Editorial, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Universitat de Barcelona, 2008.

** Abogado, Mg., docente ayudante de 1ª, Universidad de Buenos Aires.

poder académico y la educación legal, a través de breves referencias y comentarios acerca de la “tradición jurídica de Occidente”, es decir, de aquella cultura que engloba a las dos grandes formaciones provenientes del mundo anglosajón y la Europa continental.

La representación (fenoménica) del derecho a través de su sistematización y conceptualización por parte de los juristas; el surgimiento de las universidades y de las profesiones jurídicas desde el seno de la Iglesia y la teología; la discusión kantiana del conflicto de las facultades y el lugar de la facultad de Derecho y, finalmente, la dificultad contemporánea para proseguir la querrela legítima que enfrenta a las facultades de Filosofía y Derecho en la universidad.

El segundo trabajo de Oscar Correas, de la Universidad Nacional Autónoma de México, intenta dar algunas respuestas respecto del interrogante sobre “qué” se enseña cuando se enseña derecho. El artículo propone la interesante hipótesis referida a que la enseñanza lo es en verdad “de ciertos textos, normativos, producidos por quien pretende ejercer el poder. Si consigue ser obedecido, tiene efectivamente el poder”. Esta contribución se destaca por la claridad de sus planteos vinculados con “lo que se enseña” (donde el autor describe algunas características presentes en el “adiestramiento” en el derecho, entre otros puntos), luego con la labor de los juristas, las características y valores presentes en el derecho moderno (el “derecho burgués”) que nos toca vivir y el papel de las facultades de Derecho en la formación del jurista y la construcción de los “mitos” presentes en la enseñanza del derecho. El ensayo culmina con una conclusión acerca de la posibilidad de la existencia de cambios en estos aspectos, en particular, en la sociedad jurídica mexicana.

La tercera colaboración a cargo de José María Royo Arpón, de la Universitat de Barcelona, propone que

la modalidad “sofística” del orden jurídico-político de la república romana, los consiguientes usos asamblearios, tanto deliberantes como decisorios, y el *Ars rethorica* como método habitual de argumentación, fueron el molde social de una terminología jurídico-política que, con excepciones, se sigue utilizando en el lenguaje sectorial del Derecho en lenguas romances como la nuestra, e incluso en algunas no romances.

El texto contribuye ampliamente a desentrañar numerosas inquietudes respecto del origen de los conceptos y principios muy frecuentemente utilizados en la disciplina jurídica, explicando, como señaláramos más arriba, los procesos y actores históricos que influyeron en dar el significado actual a muchos “términos heredados” de la teología y la antigüedad romana.

El artículo escrito por Wolf Paul, perteneciente a la Johann Wolfgang Goethe-Universität de Frankfurt, se enmarca en el relato de la realidad que hoy viven muchas universidades europeas en virtud de las nuevas tendencias presentes en los procesos de reformas universitarias. En su trabajo se destaca que “tanto la ciencia jurídica como la formación de los juristas se encuentran en Alemania bajo unas presiones masivas de modernización, pero para alcanzar estos fines las universidades públicas se encuentran en el punto divisorio que les obligaría a seguir el camino de la privatización”. Así, Ciencia y formación, que desde los tiempos de Humboldt han constituido el “noble oficio de los Estados”, deberían sumergirse en las leyes del mercado. Según el autor, actualmente el Estado se retira cada vez más de los ámbitos de formación, los gastos públicos se reducen y las universidades hacen campañas para obtener medios de terceros que permitan el apoyo (“*sponsoring*”) o sostén de sus actividades. El ejemplo a seguir se traza sobre algunos modelos de universidades norteamericanas como Harvard. Sobre la base de un análisis de la formación jurídica en Alemania, este autor plantea críticamente los costos o “tributos” que dicha reforma universitaria acarrea para la ciencia jurídica y su aprendizaje en ese país.

Finalmente se presenta el artículo de Iñaki Rivera Beiras, también de la Universitat de Barcelona, que comenta algunas notas en relación con la enseñanza de la Criminología en las facultades de Derecho en España. A lo largo de sus hojas, el autor pone de manifiesto que en dicho país, debido a su propia historia y déficit democráticos, “la Criminología fue devaluada y menospreciada en no pocas ocasiones, aun cuando prestó sus servicios para la legitimación del régimen franquista”. Pese a ello, en los últimos años, se constata un nuevo interés por esta disciplina (lo que quedaría demostrado por la creación de una licenciatura en Criminología), mas los orígenes de dicho interés parecerían responder a razones de mero clientelismo universitario antes bien académicas.

La segunda parte del trabajo comienza con la colaboración de Amaya Oliva, quien acerca una serie de reflexiones críticas y fundamentadas sobre el modelo de formación de los jueces y no únicamente en España. Así comenta respecto de algunas estructuras y contenidos de las escuelas judiciales en Europa y su relación con aquel perfil de magistrado bastante separado del propio contexto político, social y económico en el que lleva adelante su tarea. Su estudio retoma desde nuevos ángulos una gran cantidad de temas que pueden sin duda alguna replicarse para el análisis de la formación judicial y la escuela judicial en nuestro propio país.

Seguidamente, se incorporan algunos comentarios en relación con los desafíos a los que parece enfrentarse el universo jurídico y legislativo europeo, y por lo tanto, también la docencia legal universitaria a partir de las conclusiones alcanzadas en el Proyecto de Investigación Europeo “The Changing Landscape of European Liberty and Security” (Challenge). En efecto, se comprende en este sentido un análisis del impacto de dicho proyecto en “las prácticas no liberales ejercidas por los actuales gobiernos liberales, para luego resaltar la importancia que debería tener el análisis de los (des)equilibrios contemporáneos entre libertad y seguridad de las aulas de las facultades de Derecho”.

Completan esta parte de misceláneas algunos documentos de trabajo en el tema y que comprenden, entre otros, el texto de la Propuesta de la Comisión Delegada de la Asamblea de Decanos (de facultades de Derecho españolas) para el diseño del Título de Grado en Derecho.

Una breve conclusión permite afirmar sin dubitaciones que este texto nos ofrece, de un modo ameno pero con rigor científico, gran parte del debate más actual sobre las aproximaciones al estudio de esta particular clase de poder, el académico (y en especial el que se ejerce en las facultades de Derecho), y su impacto en la educación y formación jurídica moderna.